DIREITO ADMINISTRATIVO

Benjamin Zymler

Gostaria de agradecer aos Srs. Augusto Sherman Cavalcanti e Demóstenes Tres Albuquerque pela elaboração dos Capítulos XV e XVIII, respectivamente, e ao Sr. Remilson Soares Candeia pela eficiente revisão formal e substancial do presente trabalho.

Í N D I C E

CAPÍTULO I - CRITÉRIOS PARA A CONCEITUAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

1.1 - Direito Administrativo como Direito Público

O momento histórico em que Direito Público se aparta do Direito Privado está associado ao surgimento do Estado Liberal que se contrapunha ao absolutismo. O Direito administrativo buscava regular a atuação dos corpos administrativos a serviço do Estado.

Inglaterra => nunca conheceu o absolutismo puro (Parlamento x Rei).

França => conheceu o absolutismo. Daí a razão do maior desenvolvimento do Direito Administrativo, no sentido de resguardar o cidadão do arbítrio do Estado.

- Direito Administrativo Francês

- Revolução 1789 => tripartição extremada - jurisdição comum x jurisdição administrativa.

- Caso Agnès Blanco 1873 - menina atropelada por vagonete de empresa pública => Conselheiro Davi julgou que o "Conselho de Estado" era competente e afirmou a "responsabilidade objetiva por danos decorrentes do serviço público".

- O Direito Administrativo Francês enfatizava a regulação da "Administração Pública" (órgão) e se compunha por um "conjunto de derrogações do Direito Civil". Foi essencialmente uma obra jurisprudencial do "Conselho de Estado". Ex.: Vedel, Hauriou.

- Direito Administrativo Alemão

- Na Alemanha, o Direito Administrativo não nasceu de uma ruptura histórica => foi fruto de longa evolução.

- Na Idade Média - Poder Público se submete às leis civis.

- Na Idade Moderna - trabalho silencioso da doutrina e dos tribunais que criam um direito administrativo muito próximo da estrutura do direito privado. Ex.: Fritz Fleiner.

- Direito Administrativo Italiano

- Evolução lenta e sistemática de separação entre o Direito Civil e o Direito Administrativo => acelerada após a 2ª Guerra.

- Reuniu as características do Direito Administrativo francês (caso concreto) e do Direito Administrativo alemão (abstração e distanciamento da realidade) => sistematizou o Direito Administrativo.

Ex.: Orlando, Santi Romano.

- Direito Anglo-Saxão

- Common Law - baseado no princípio da vinculação ao precedente judicial (**stare decisis**).

- Eqüidade é o fundamento das decisões: - sistema common law;
- sistema equity.

- Pode-se dizer que não há um Direito Administrativo na Inglaterra e nos EUA => a Administração submete-se ao Direito Comum. Ex.: Na Inglaterra, o policial (como cidadão) dá início à ação penal. Deve contratar o advogado (a coroa financia os custos como tradição).

- Características da Common Law:

a) supremacia do Direito Comum - não há privilégio para a Administração;
b) unidade da lei e da jurisdição;
c) precedentes judiciários e técnica da distinção.

- Na Inglaterra, até 1947, não havia responsabilidade civil **stricto sensu**. Mas a Coroa podia bancar, como ato de generosidade, os danos produzidos em bens particulares.

- O Direito inglês e o americano estão recepcionando atos normativos específicos de caráter administrativo, de forma que não se pode dizer que não exista um Direito Administrativo anglo-saxão.

1.2 - Objeto do Direito Administrativo

- Conteúdo variável no tempo
  - Europeu continental - amplo
  - Inglaterra - restrito

- Vários critérios para definir o objeto.

1.2.1 - Escola Legalista ou Exegética (França) - 1º Momento

- O objetivo é a interpretação das leis administrativas, que abrangem as seguintes matérias:

a) organização do Poder Executivo e das pessoas administrativas;
b) relações entre administração e administrados;
c) limitações à liberdade e propriedade;
d) bens do Estado;
e) obras públicas;
f) prestação de serviços públicos.

1.2.2 - Direito Administrativo e Ciência da Administração (Ampliação do Objeto) - 2º momento - Direito Administrativo inclui matéria de política administrativa (não jurídica).

- 3º momento - A atividade jurídica vincula-se ao Direito Administrativo, que sofre uma redução em seu objeto. A atividade social do Estado fica vinculada à Ciência da Administração, que valora a interferência do Estado na saúde, educação, economia, previdência social.

1.2.3 - Critério Técnico-Científico

- Juristas alemães (Otto Mayer) sistematizam a atividade jurídica não contenciosa do Estado, por meio do estabelecimento de princípios e normas próprias.

1.3 - Conceito de Direito Administrativo

1.3.1 - Escola do Serviço Público (Leòn Duguit, Gaston Jèze)

- Para Duguit, o direito público abrange as regras de organização e gestão de serviços públicos em sentido amplo (inclui direito constitucional + direito processual + atividade econômica do Estado) => Sentido ontológico de serviço público (visão sociológica).

- Para Jèze, que considera o serviço público em sentido estrito, abrangendo a atividade material exercida pelo Estado para satisfação de necessidades coletivas, com submissão a regime exorbitante do direito comum (exclui o poder de polícia e a atividade comercial e industrial) => visão jurídica.

1.3.2 - Critério do Poder Executivo

- Direito Administrativo seria a disciplina jurídica que rege a organização e a atividade do Poder Executivo => não distingue a atuação política (Direito Constitucional) da atuação administrativa (Direito Administrativo) => não contempla a atuação administrativa do Poder Legislativo e Judiciário.

1.3.3 - Critério das Relações Jurídicas

- Direito Administrativo seria o regime jurídico que rege a relação entre a Administração e o Administrado => não leva em conta que o Direito Penal, o Direito Processual, o Direito Tributário e o Direito Eleitoral estudam diferentes formas de relacionamento entre o Poder Público e o cidadão.

1.3.4 - Critério Teleológico

- Direito Administrativo é o sistema composto pelos princípios jurídicos que regulam a atividade do Estado para o atingimento de seus fins. (O. Bandeira de Mello). Definição: "ordenamento jurídico da Atividade do Estado - poder, enquanto tal, ou de quem faça as suas vezes, de criação de utilidade pública de maneira direta e imediata".

- Orlando (1919): "Direito Administrativo compreende todos os institutos jurídicos pelos quais o Estado busca a realização de seus fins".

Estado social:
- povo;
- território;
- governo soberano;
- finalidade - art.3º (erradicar a pobreza, construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, promover o bem de todos, sem discriminação).

1.3.5 - Critério Residual

- Orlando: "O objeto do Direito Administrativo exclui do conjunto de atividades do Estado a legislação e a jurisdição, além das atividades patrimoniais regidas pelo Direito Privado".

1.3.6 - Critério de Distinção com Base na Espécie de Atividade Jurídica

- Distingue Administração x Jurisdição.

- Distingue Atividade Jurídica x Atividade Social (Ciência da Administração).

- Mário Masagão: "Direito Administrativo é o conjunto dos princípios que regulam a atividade jurídica não contenciosa do Estado (sentido objetivo) e a constituição dos órgãos e meios de sua ação em geral (sentido subjetivo).

- José Cretella Júnior: "Direito Administrativo é o ramo Direito Público que regula a atividade jurídica não contenciosa do Estado e a constituição dos órgãos e meios de sua ação em geral".

1.3.7 - Critério de Administração Pública

- Deve-se definir o que é Administração Pública.

- "Direito Administrativo engloba os princípios que regem a Administração Pública" (Hely Lopes Meirelles).

- Ruy Cirne Lima: "O Direito Administrativo é o ramo do Direito Público que, específica e privativamente, rege a Administração Pública como forma de atividade; define e distingue as pessoas administrativas, a organização e os agentes do Poder Executivo, das politicamente constituídas e regula, enfim, os seus direitos e obrigações umas com as outras e com os particulares, por ocasião do desempenho daquela atividade".

- Fernando Andrade de Oliveira define o que é Administração Pública.

- sentido subjetivo - conjunto de órgãos e pessoas jurídicas encarregadas da função administrativa.

- sentido objetivo - atividade do Estado destinada à satisfação concreta (abstrata => Legislação) e imediata (mediata => Jurisdição) dos interesses públicos => A jurisdição busca a satisfação imediata dos interesses das partes.

- sentido formal - manifestação do Poder Público, decomposta em atos jurídico-administrativos dotados de propriedade de auto-executoriedade, ainda que de caráter provisório (porque sujeita a controle jurisdicional). Crítica => os atos que criam direitos (licença) não são auto-executórios.

- Hely Lopes Meirelles - "conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos , os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta (abstrata => legislação), direta e imediatamente (jurisdição => indireta e mediatamente) os fins desejados pelo Estado.

- Definição de Maria Sylvia Zanella => Sentido objetivo e subjetivo: "Ramo do Direito Público que tem por objeto os órgãos e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens

de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública".

Direito Administrativo (ramo do Direito Público):

- pessoas administrativas;
- atividade jurídica não contenciosa;
- bens.

CAPÍTULO II - CONCEITO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como é utilizado o termo "Administração Pública" para definir Direito Administrativo, temos que buscar exprimir o seu significado.

- Administração (em sentido geral) abrange um conjunto de funções. Para a teoria clássica (Fayol) inclui PLANEJAR, ORGANIZAR, DIRIGIR e CONTROLAR as organizações.

- Administração x Domínio
  => Domínio - implica a existência de um poder.
  => Administração - quem administra exerce função (que é subordinada a um poder superior).

- Domínio => predomina a vontade.

- Administração => dever e finalidade subordinada por uma vontade externa.

2.1 - Sentido Subjetivo e Objetivo

- A Administração Pública caracteriza-se pela atuação subordinada à lei, que fixa a finalidade a ser perseguida pelo Administrador (função administrativa).

a) Sentido Subjetivo (orgânico ou formal)
- Entes que exercem a atividade administrativa (atividade jurídica não contenciosa) => compreende pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos.

b) Sentido Objetivo (material ou funcional)
- Designa a natureza da atividade exercida pelos entes administrativos; é a própria função administrativa que incumbe, predominantemente, ao Poder Executivo.

2.2 - Sentido Amplo x Sentido Estrito

- Sentido Amplo - Administração Pública compreende tanto os órgãos políticos, de estatura constitucional, a quem compete traçar os planos de ação para o atingimento dos fins coletivos, quanto os órgãos administrativos, subordinados e que devem executar os planos governamentais.
- Sentido Estrito - só os órgãos subordinados => é o que adotamos. Os agentes políticos, nessa condição, não se submetem ao direito Administrativo e sim ao Direito Constitucional.

2.3 - Distinção entre Administração, Legislação e Jurisdição

- Análise estritamente jurídica => leva em conta a essência dos atos .

- Legislação - ato primário fundado no poder soberano, dotado de generalidade e abstração (não visa a determinadas pessoas).

- Jurisdição - produção jurídica subsidiária dos atos primários (legislação), dotada de concretude. Na jurisdição, o órgão estatal está fora, à margem, das relações jurídicas.

- Administração - produção jurídica de atos complementares, em que o órgão estatal atua como parte e que aplica concretamente o ato primário (lei).

2.4 - Administração Pública em Sentido Estrito

a) sentido subjetivo - órgãos, agentes e pessoas jurídicas que exercem a função administrativa.

b) sentido objetivo - a atividade destes entes.

2.5 - Administração Pública em Sentido Objetivo

- Sentido Objetivo => atender as necessidades coletivas.
- Necessidades coletivas são atingidas por meio de:

a) fomento;
b) polícia administrativa;
c) serviço público (prestação);
d) intervenção na atividade econômica.

- Fomento - incentivos à iniciativa privada que gera utilidade pública (subvenções, financiamentos, favores fiscais etc.)

- Polícia Administrativa - execução das limitações administrativas => restrições impostas pela lei ao exercício de direitos individuais em favor do interesse coletivo (licenças, notificações, fiscalizações , sanções).

- Serviço Público - atividade que busca satisfazer necessidades coletivas, sob regime de direito público.

A Constituição define parte dos serviços públicos: correio, telecomunicação, energia elétrica, infra-estrutura aeroportuária etc. (art. 21, X, XI, XII, "b" e "c", CF)

- Intervenção - atuação direta, regulamentação e fiscalização da atividade econômica privada. Ex.: estatais (atuação direta) e entes reguladores (controle).

- Características da Administração Pública => sentido objetivo
  - atividade concreta x atividade abstrata (legislação).
  - satisfação direta e imediata x satisfação mediata (Jurisdição) dos fins do Estado.

- Regime Jurídico de Direito Público

> Definição de Di Pietro: "Administração Pública é a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve, sob regime jurídico de direito público, para a consecução dos interesses coletivos".

2.6 - Administração Pública em Sentido Subjetivo

- Definição de Di Pietro: "conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício de função administrativa do Estado".
- No Brasil, o Decreto-Lei 200 estabelece os entes legais que compõem a Administração Pública.
- Administração Direta
- Administração Indireta:
  - autarquias;
  - fundações;
  - empresas públicas;
  - sociedade de economia mista.
- Reforma do Estado inclui agências executivas (Dec. nº 2.487/97), organizações sociais (Lei nº 9.637/98) e organizações da sociedade civil de interesse público (Lei nº 9.790/99).
- Agência Executiva => autarquia ou fundação pública assina contrato de gestão com o poder público e promove um plano de reestruturação administrativa.
- Organização Social => pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, sujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde => assina contrato de gestão com o poder público.
- Organização da Sociedade Civil de Interesse Público => pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, que exerça atividades previstas no art. 3º da Lei nº 9.790/99, ligadas à assistência social, promoção da cultura, da saúde, da segurança alimentar e nutricional, do combate à pobreza etc.
- Contrato de Gestão => instrumento de direito público que permite um controle finalístico. Possui o objetivo de fixar:
  - as metas da entidade;
  - os meios necessários para o cumprimento das metas;
  - os critérios de avaliação do desempenho;
  - as sanções aplicáveis aos seus dirigentes.

CAPÍTULO III - O REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO

3.1 - Definição

É um sistema de princípios e normas que regem a atividade administrativa.

3.2 - Princípios Básicos Decorrentes do Ordenamento Positivo

a) supremacia do interesse público sobre o privado;
b) indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos.

3.3 - Supremacia do Interesse Público sobre o Privado

Conseqüências ou princípios subordinados:

- posição privilegiada dos órgãos públicos nas relações com os particulares. Ex.: prazos processuais maiores, recurso de ofício (2º grau obrigatório), presunção de veracidade dos atos administrativos etc.

- posição de supremacia do órgão nas mesmas relações. Ex.: modificar relações jurídicas administrativas unilateralmente.

Conseqüências da conjugação da posição privilegiada e superior:

- exigibilidade dos atos administrativos (**droit du préalable**), que pode chegar à execução de ofício. Ex.: retirar camelôs.

- autotutela da administração. Ex.: revogar ou anular seus atos.

A Administração exerce função pública => função administrativa => maneja um conjunto de poderes-deveres => precisa, portanto, dessa posição de supremacia e de privilégio.

Interesse primário da função pública => interesse da coletividade.
Interesse secundário da função pública => interesse do Estado.

3.4 - Poderes da Administração

São inerentes à atividade administrativa.

- Poder normativo ou regulamentar é o poder de expedir regulamentos para a fiel execução das leis (art. 84, IV, CF e art. 87, parágrafo único, II).

- Poder disciplinar é o poder para apurar infrações e aplicar sanções aos servidores públicos e demais pessoas sujeitas à disciplina administrativa (empresas contratadas e concessionárias).

- Poder hierárquico é o poder que rege a relação de subordinação e coordenação entre os órgãos administrativos e agentes públicos, graduando a autoridade de cada um. Exterioriza-se pela edição de atos normativos, pela possibilidade de dar ordens e controlar a atividade dos órgãos subordinados e também pela possibilidade de delegar e avocar

competências.

- Poder de polícia é o poder que limita a liberdade e a propriedade dos cidadãos em função de superior interesse coletivo.

- Poder discricionário é o poder que permite ao agente público estabelecer um juízo de oportunidade e conveniência quando da expedição de um ato administrativo, nos limites da lei.

3.5 - Indisponibilidade, pela Administração, dos Interesses Públicos

A Administração tem caráter meramente instrumental, tutela os interesses públicos conferidos à sua guarda e realização.

Como conseqüência, deve estar adstrita aos seguintes princípios:

a) da legalidade;
b) da continuidade do serviço público;
c) do controle administrativo;
d) da isonomia dos administrados;
e) da publicidade;
f) da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos;
g) do controle jurisdicional dos atos administrativos;
h) da hierarquia.

3.6 - Implicações do Princípio da Legalidade

a) princípio da finalidade - a busca do objetivo visado pela lei;

b) princípio da razoabilidade - adequada ponderação entre os fins legais e os meios utilizados;

c) princípio da proporcionalidade - está contido no princípio da razoabilidade. Enfatiza a execução do ato, que deve ser proporcional à gravidade do dano ou do perigo. Sua violação dá ensejo ao "abuso de poder";

d) princípio da motivação - expor as razões de fato e de direito pelas quais é tomada a providência necessária;

e) princípio da ampla responsabilidade do Estado - art. 37, § 6º, CF - o Estado é responsável por atos ilícitos ou lícitos quando os efeitos patrimoniais recaem apenas sobre determinada ou determinadas pessoas.

3.7 - Implicação do Princípio da Continuidade do Serviço Público

- Não podem as pessoas administrativas deixar de cumprir o próprio escopo.

3.8 - Implicações do Princípio do Controle Administrativo ou Tutela

- Depende do tipo de pessoa administrativa criada: Ex.: autarquia, fundação etc;

- Pode compreender:

  - controle hierárquico;

- controle finalístico (requisição de informação, escolha de dirigentes etc.).

- Compreende a requisição de informação, escolha de dirigentes etc.

3.9 - Implicações do Princípio de Isonomia dos Administrados

Ex.: licitação, concurso público para provimento de cargo público etc.

3.10 - Implicação do Princípio da Publicidade

- Dar divulgação aos atos administrativos, conferindo-lhes transparência.

- É princípio instrumental que permite ao cidadão controlar os atos administrativos.

3.11 - Implicação do Princípio de Inalienabilidade dos Direitos Concernentes aos Interesses Públicos

Ex.: - inalienabilidade e impenhorabilidade dos bens públicos;

- transferência para o concessionário de serviços públicos => transfere-se o exercício da atividade e não os direitos concernentes à própria atividade => por ato unilateral, podem ser modificadas as condições de sua prestação.

3.12 - Implicação do Princípio do Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos

- Diferenças entre o sistema judicialista (unidade de jurisdição) e administrativista (Administração que julga a si mesma).

- No sistema judicialista, as decisões administrativas não fazem coisa julgada (podem ser reformadas pelo Poder Judiciário).

3.13 - Implicação do Princípio da Hierarquia

- Só na função administrativa. Não existe na função jurisdicional nem na legislativa.

CAPÍTULO IV - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

4.1 - Objeto e Conceito do Direito Administrativo

Definição: "Ramo do direito público que tem por objetivo os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que se utiliza para a consecução de seus fins de natureza pública". (Maria Sylvia Zanella Di Pietro)

4.2 - Princípios Constitucionais

a) princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado (pressuposto lógico de vida em sociedade, decorre da idéia de Estado) => exigibilidade dos atos administrativos => auto-executoriedade de alguns atos administrativos (previsão legal ou urgência);

b) princípio da legalidade (art. 5º, II, 37, **caput**, e 84, IV) =>transitórias mitigações: medida provisória, estado de defesa e estado de sítio;

c) princípio da finalidade (art.5º, II, 37, **caput**, e 84, IV);

d) princípio da razoabilidade (art. 5º, II, 37, **caput**, e 84, IV);

e) princípio de proporcionalidade (art. 5º, II, 37, **caput**, e 84, IV);

f) princípio da motivação (art. 1º, II - fundamento cidadania; e parágrafo único - todo poder emana do povo -, art. 5º, XXXIV - direito de petição e certidão para esclarecimento de situações de interesse pessoal; art. 93, IX e X - necessidade de fundamentação das decisões judiciárias);

g) princípio da impessoalidade (art. 37, **caput**, e 5º, **caput** - todos são iguais perante a lei);

h) princípio da publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX);

i) princípio da publicidade (art. 37, **caput**, 5º, XXXIII - informações do órgão público; XXXIV, b - certidão);

j) princípio da moralidade administrativa (art. 37, **caput**, e § 4º - atos de improbidade administrativa -, art. 85, V - crime de responsabilidade do Presidente da República -, e art. 5º, LXXIII - ação popular);

l) princípio do controle judicial dos atos administrativos (art. 5º ,XXXV - lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito);

m) princípio da responsabilidade do Estado por atos administrativos (art. 37, § 6º).

n) princípio da eficiência (art. 37, **caput**, com a redação dada pela EC nº 19/98)

4.3 - Restrições Excepcionais ao Princípio da Legalidade

a) medida provisória (art. 62);
b) estado de defesa (art. 136);
c) estado de sítio (art. 137).

CAPÍTULO V - A ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

5.1 - Centralização e Concentração

Descentralização - atividade administrativa transferida para outra pessoa jurídica.

Desconcentração - distribuição interna do plexo de competências aos órgãos públicos despersonalizados e aos agentes públicos, que se submetem à estrutura hierárquica.

Hierarquia - vínculo de autoridade que une órgãos e agentes => atributos:
- poder de comando;
- poder de fiscalização;
- poder de revisão (revogação e anulação);
- poder de punir;
- poder de resolver conflitos de competência;
- poder de delegar competência (na forma da lei).

Controle - poder que a Administração Central tem de influir sobre a pessoa descentralizada, na forma da lei.

5.2 - Organização Administrativa da União: Administração Direta e Indireta

- Decreto-Lei nº 200 de 25.2.67 (Alterado pelo Decreto-Lei nº 900/69, DL 2299/86 e Lei 7.596/87 - fundações);
- Administração indireta (art. 4º, DL 200/67):
  - autarquias;
  - empresas públicas;
  - sociedades de economia mista;
  - fundações.

Critério do DL 200 afasta da administração indireta os concessionários de serviço público ou delegados de ofício público particulares (titulares de serviços notariais).

O DL 200 estabelece que a descentralização (desconcentração) será possível nas seguintes hipóteses (art. 10):

a) dentro dos quadros da Administração Federal => desconcentração (diferencia o nível de direção do nível de execução);

b) da Administração Federal para unidades federadas => convênio;

c) da Administração Federal para órbita privada => contratos ou concessões.

Afirma também que a delegação de competência é instrumento da descentralização administrativa (art. 11).

5.3 - Autarquias

Definição do art. 5º, I, do DL 200/67: "o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas de administração pública, que requeiram para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada".

Definição singela: "pessoas jurídicas de direito público de capacidade exclusivamente administrativa".

=> Só podem ser criadas por lei específica (art. 37, XIX, CF) => logo, só podem ser extintas por lei.

=> As autarquias são responsáveis pelos próprios atos. A responsabilidade do Estado é subsidiária.

5.3.1 - Regime Jurídico

a) Relação Estado x Autarquia

Controle - Supervisão Ministerial (art. 19 c/c art. 26 do DL 200/67)

"Poder do Estado de influir sobre elas para conformá-las ao cumprimento dos objetivos públicos em vista dos quais foram criadas harmonizando-as com a atuação administrativa global do Estado."

Art. 20, § único: "A supervisão ministerial exercer-se-á através de orientação, coordenação e controle das atividades dos órgãos subordinados ou vinculados ao Ministério, nos termos desta lei."

Meios para exercer a Supervisão Ministerial nas autarquias: (art.26, DL 200/67):

a) designar os dirigentes das entidades;
b) receber relatórios, boletins, balancetes, balanços e informações;
c) aprovação anual da proposta de orçamento-programa e da programação financeira da autarquia;
d) aprovação de contas, relatórios e balanços;
e) fixação das despesas de pessoal e de administração;
f) fixação de critérios para os gastos de publicidade;
g) realização de auditoria e avaliação periódica de rendimento e produtividade;
h) intervenção por motivo de interesse público.

Ministro não conhece recursos de alçada => não há hierarquia.

Tipos de controle
=> quanto ao tipo:
- de legitimidade
- de mérito

=> quanto ao momento:
- preventivo
- repressivo

O TCU também exerce controle sobre as autarquias (art.71, CF).
O cidadão pode propor a ação popular (art.5º, LXXIII).

b) Relação Autarquia x Terceiros

Desfrutam das mesmas prerrogativas genéricas, poderes e sujeições do Estado.

b.1) Atos e Contratos

- Editam atos administrativos, dotados de presunção de legitimidade, exigibilidade e executoriedade.

- Utilizam-se dos contratos administrativos e tem que licitar (Lei nº 8.666/93) => (art.37, XXI).

b.2) Responsabilidade Direta da Autarquia e Subsidiária do Estado

- Como sujeito de direitos, a autarquia é responsável.

- Responsabilidade subsidiária do Estado. Veja-se que os precatórios judiciais devem compor o orçamento de autarquia e a fonte de recursos pode ser o Estado (art. 100, CF).

b.3) Prescrição de Ações Contra Elas

- O Decreto 20.910, de 6.1.32, estabelece que toda e qualquer ação contra a fazenda Pública prescreve em 5 anos do evento danoso. O DL 4.597/42 estendeu essa regra às autarquias.

- O art. 54 da Lei nº 9.784/99 estabelece o prazo decadencial de 5 anos incidente sobre o direito de a Administração anular os atos administrativos de que decorrem efeitos favoráveis para os destinatários, salvo comprovada má-fé.

b.4) Impossibilidade de Execução sobre Elas (Impenhorabilidade, art. 100, CF)

- Bens de autarquia são bens públicos.

Art. 67, CC => Os bens de que trata o art. antecedente (bens públicos) só perderão a inalienabilidade, que lhe é peculiar, nos casos e forma que a lei prescrever.

a) são alienáveis somente na forma que a lei prescrever (art. 67, CC);

b) são insuscetíveis de usucapião (art. 200, DL 9760, 5.9.46; art. 183, § 3º - CF; art.191, § único - CF);

c) não podem ser objetos de direitos reais de garantia, porque não são executáveis.

Art. 100, CF => pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judicial não são assegurados por execução nem são exigíveis de imediato.

Os magistrados expedem determinações (PRECATÓRIOS JUDICIAIS) que constituem a autarquia na obrigação de incluir, na previsão orçamentária do próximo exercício, a verba necessária a satisfazer os precatórios que hajam sido apresentados até 1º de julho, data em que terão seus valores atualizados, sendo proibida a designação de casos ou pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para tal fim. Estes créditos serão consignados ao Poder Judiciário.

Se não pode executar => não pode penhorar => não serve para ser objeto de direitos reais de garantia.

b.5) Imunidade a Impostos

A imunidade recíproca entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios para instituir impostos sobre patrimônio, renda ou serviços (art.150, VI, a) é extensiva às autarquias e às fundações (desde que vinculadas a suas finalidades essenciais)=> art.150, § 2º, CF.

c) Relações Internas

c.1) procedimentos financeiros - obedecem às regras de direito financeiro constantes da Lei 4.320/64 (art. 165, § 9º, CF) => engloba administração indireta e estabelece normas de gestão financeira e patrimonial.

c.2) regime de pessoal - é o mesmo dos servidores da Administração Direta - Lei nº 8.112, de 11.12.90 - Regime Único de Pessoal (art. 39, CF) => A Emenda Constitucional nº 19/98 acabou com a obrigatoriedade de regime jurídico único => Regime Estatutário.

5.4 - Fundações Públicas

Nos termos do DL 200/67, art. 5º, IV (alterado pela Lei 7.596/87), fundação pública é "a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidade de Direito Público, com autonomia administrativa, patrimônio gerido pelos respectivos órgãos de direção e funcionamento custeado por recursos da União e outras fontes".

Fundações são pessoas de direito público de natureza autárquica. Lei complementar deve definir sua área de atuação.

CF determinava, antes da EC nº 19/98, que seu pessoal (art.39, **caput**) (art.19 ADCT) estava submetido ao Regime Jurídico Único. Deu estabilidade a seu pessoal. A EC nº 19/98 ampliou o prazo para aquisição da estabilidade para 3 anos (art. 41, CF);

- pode haver perda de cargo nas hipóteses do art.169, § 4º.

Limite para despesas com pessoal (Lei Complementar nº 201/2000 => 50% para União e 60% para estados e municípios das receitas líquidas correntes):

- < 20% despesas com cargo em comissão;
- exoneração de não-estáveis;
- perda de cargo de estáveis.

5.5 - Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista

5.5.1 - Conceito de Empresa Pública

Art. 5º, DL 200, c/a redação dada pelo art. 1º do DL 900/69.

"II - Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em Direito;

Alterado pelo DL 900/69, art. 5º.

"Art. 5º - Desde que a maioria do capital votante permaneça de propriedade da União, será admitida, no capital da Empresa Pública (art. 5º, II, DL 200), a participação de outras pessoas jurídicas de direito público interno, bem como de entidades da Administração Indireta da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios".

=> Problema de definição (art. 109, I).

Justiça Federal é competente para julgar ações em que é parte empresa pública federal.

=> Justiça Federal : - União - 51%
- Aut. Federal - 49%

=> Justiça Comum: - União - 49%
(não é empresa púb.) - Aut. Federal - 51%

=> Deve-se entender que a supremacia acionária esteja na órbita Federal .

- Atividade Econômica	Serviço Público
↓	↓
Estado intervém em caráter excepcional (170, caput, II, IV e § único, art.. 173 §§ 1º e 2º): segurança nacional e relevante interesse coletivo =>	Art. 175 => regime de direito público para a prestação de serviço público.

regime típico de di-
reito privado.

Art. 173, § 1º - CF => Estabelece que lei criará um estatuto jurídico das SEM e EP (EAE).

Veja ECT (empresa pública): não explora atividade econômica, mas, sim, presta serviço público (art. 21, X, CF).

Definição de C. A. B. MELLO: "Empresa pública federal é a pessoa jurídica criada por lei como instrumento da ação do Estado, com personalidade de Direito Privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes de ser coadjuvante de ação governamental, constituída sob quaisquer das formas admitidas em Direito e cujo capital seja formado *unicamente por recursos de pessoas de Direito Público interno ou de pessoas de suas Administrações indiretas, com predominância acionária residente na esfera federal*".

5.5.2 - Conceito de Sociedade de Economia Mista

DL 200, art. 5º, II (DL 900/69): "III - Sociedade de economia mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam, em sua maioria, à União ou à entidade da administração indireta".

Não é só para explorar atividade econômica (Ex.: ELETROBRÁS prestava serviço público).

5.5.3 - As Diferenças entre EP x SEM

a) EP => só recursos de pessoas jurídicas de direito público e entidades de administração indireta
SEM => recursos públicos e privados (>50% na esfera federal)

b) EP => podem adotar qualquer forma societária
SEM => sociedade anônima

c) EP => feitos perante a Justiça Federal (art. 109, CF)
SEM => feitos perante a Justiça Estadual

d) EP => sujeitas à falência
SEM => prestadoras de serviço público não estão sujeitas à falência (art. 242 da lei nº 6.404)

5.5.4 - Natureza Essencial de Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista

Conseqüências:

- são auxiliares do Poder Público;
- aspecto essencial => sua finalidade pública;
- aspecto ancilar => regime de direito privado;

Espécies:

- exploradoras de atividades econômicas (art. 173, § 1º, com a nova redação dada pela EC nº 19/98) - (EAE);
- prestadoras de serviço público (PSP);
- concessionária "**stricto sensu**" só se a SEM ou a EP contiver recursos expressivos privados ou públicos de pessoas diferentes;
- caso seja a prestadora de serviço formada com capitais exclusivos da pessoa de direito público não há concessão e sim outorga.

Artigos da CF e aplicabilidade em EP ou SEM:

- art. 5º, LXXIII - ação popular;
- art. 14, § 9º - casos de inexigibilidade;
- art. 37, caput, II, XVII, XIX, XX;
- art. 49, X;
- art. 52, VII;
- art. 54, I, a;
- art. 71, II, III e IV;
- art. 165, § 5º (orçamento de investimento das estatais);
- art. 169, § 1º (EC nº 19/98).

5.5.5 - O Regime Jurídico das Empresas Estatais

a) Relações com a pessoa que as criou

a.1) Criação e Extinção

- art. 37, XIX => exige-se lei específica para a autorização de sua instituição. Logo só por lei podem ser extintas.

- art. 242, lei 6.404 => SEM prestadoras de serviço público não estão sujeitas à falência, mas seus bens são penhoráveis e executáveis (só os não afetos ao serviço público), respondendo a pessoa controladora, subsidiariamente, por suas obrigações.

- Entendimento de Celso A. Bandeira de Mello

- art. 173, § 1º => => impede vantagem em relação à empresa privada.
Logo, podem falir as exploradoras de atividade econômica.
Caso contrário, o Estado sempre garantiria suas dívidas.

- As SEM prestadoras de serviço público não podem falir nem podem ter seus bens afetados ao serviço público penhorados ou executados (apesar do art. 242).

- EP prestadora de serviço público pode falir, mas os bens afetados à prestação do serviço ficarão à margem da falência. O Estado responde subsidiariamente.

- SEM ou EP exploradora de atividade econômica pode falir, pode ter seus bens executados e não têm responsabilidade subsidiária do Estado.

- Controle das Empresas Estatais
- Supervisão Ministerial
- TCU

b) Relações com terceiros

b.1) Contratos e Licitações

EAE =>direito privado (A EC nº 19/98 prevê a promulgação de uma lei contendo o Estatuto Jurídico de empresa pública, de sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo, entre outras coisas, sobre licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da Administração Pública.)

=> Estado não responde subsidiariamente.

Não estão isentas de licitar, quando não prejudique sua atuação no mercado.

PSP
- direito público
- contratos administrativos
- imunidade recíproca art. 150, § 2º
- responsabilidade objetiva do Estado
- responsabilidade subsidiária do Estado

c) Relações Internas
- Dirigentes escolhidos pelo Governo exercem mandatos
- Empregados são celetistas
- Art. 37, II - exige-se concurso público para ingresso.

5.6 - Agências Executivas e as Organizações Sociais

O Plano de Reforma do Estado prevê a seguinte estruturação do Estado por especialização de serviços e funções:

a) núcleo estratégico: cuida da formulação das políticas públicas;

b) atividades exclusivas do Estado (agências executivas): cuidam do fomento, da regulamentação, do exercício do poder de polícia etc;

c) atividades não-exclusivas do Estado (organizações sociais): prestação de serviços públicos que não necessitam de concessão (saúde, educação, pesquisa científica etc.);

d) atividades econômicas de caráter privado.

As atuais fundações e autarquias poderão transformar-se em agências executivas,

sendo dotadas, a partir de então (EC nº 19/98) de maior flexibilidade administrativa. Assinarão contrato de gestão.

As entidades civis poderão transformar-se em organizações sociais, de forma a poderem receber recursos orçamentários e gerir bens públicos. Assinam contrato de gestão.

CAPÍTULO VI - O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

6.1 - Controle Interno e Externo

a) Controle Interno

- art. 74, CF - Secretaria de Controle Interno
- Supervisão Ministerial

b) Controle Externo

b.1) Controle Parlamentar Direto

- art. 49, V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.
- art. 50 - convocar Ministros ou subordinados para prestarem requerimentos e informações.
- art. 50, § 2º - mesas do Senado e da Câmara poderão encaminhar pedidos escritos de informação a Ministros de Estado ou a qualquer das pessoas referidas no **caput** do artigo.
- art. 58, § 2º, IV - comissões permanentes e temporárias do CN e suas Casas podem receber petições, reclamações e representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas.
- art. 58, § 2º, V - Comissões podem solicitar depoimento de qualquer autoridade ou cidadão.
- art. 58, § 3º - Comissões Parlamentares de Inquérito com poderes de investigação próprios de autoridade judicial para apuração de fato determinado.
- Autorizações ou Aprovação do CN de atos do Executivo (art. 49, I, XII, XIII, XVI e XVII)
- Resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais.
- Apreciar atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de televisão.
- Escolher 2/3 dos Ministros do TCU.
- Aproveitamento em terras indígenas e exploração de recursos hídricos ou minerais.

Poderes Controladores do Senado (art. 52):

- aprovar por voto secreto, após argüição pública, a escolha de magistrados, nos casos estabelecidos na Constituição, dos Ministros do TCU indicados pelo Presidente da República, Presidente e Diretores do BACEN, Procurador-Geral da República, a escolha dos Chefes de Missão Diplomática de caráter permanente (argüição secreta) (III);
- fixar, por proposta do Presidente, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do DF e dos Municípios (VI);
- dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, Estados, Municípios, DF, autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público federal (VII);

- dispor sobre limites globais e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno (VIII), bem como para o montante da dívida mobiliária dos Estados, DF e Municípios (IX).

Poderes Controladores do Congresso Nacional (art. 49, IX)

- julgar anualmente as contas do Presidente e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo.

- Câmara dos Deputados toma as contas 60 dias após a abertura de sessão legislativa (15 de fevereiro), se o Presidente da República não apresentá-las (art. 51, II).

- art. 85 e 86 - suspensão e destituição do Presidente e Ministro.

Presidente comete crime de responsabilidade e a Câmara (2/3 de seus membros) acolhe a acusação de qualquer cidadão e o Senado julga e condena => impeachment.

- art. 85 - Crimes de responsabilidade - atos que atentem contra:
  - existência da União;
  - livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;
  - exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;
  - segurança interna do País;
  - probidade da administração;
  - lei orçamentária;
  - cumprimento das leis e das decisões federais.

- Lei especial regula o processo de julgamento (Lei nº 1.079/80)

6.2 - Controle Jurisdicional

- Sistema de jurisdição única.

6.3 - Remédios Constitucionais

- **habeas corpus** (art. 5º, LXVIII) => sempre que sofrer ou achar-se ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

- mandado de segurança (art. 5º, LXIX e LXX - Lei 1533, de 31.12.51) => protege direito líquido e certo, não amparado por **habeas corpus**, quando o responsável pela ilegalidade for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público;

- **habeas data** (art. 5º, LXXII) => conhecimento de informações relativas ao impetrante em registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

- mandado de injunção (art. 5º, LXXI) => sempre que a falta de norma

regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

- ação popular (art. 5º, LXXIII) => Lei 4.717, de 29.6.65 => visa a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural;
- ação civil pública (art. 129, III) => Lei 7.347, de 24.7.85 => ajuizada pelo Ministério Público, visa a proteger o patrimônio público e social, do meio ambiente e outros direitos difusos e coletivos;
- ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, a, e 103) => visa a expurgar do ordenamento jurídico normas incompatíveis com a Constituição Federal.

6.4 - Controle Exercido pelo TCU

a) compostura e composição do TCU (art. 73, CF);
b) parecer prévio sobre as contas do Presidente (art. 71, I, CF);
c) julgamento das contas dos administradores públicos (art. 71, II, CF);
d) exame, para fins de registro, da legalidade dos atos de admissão e de concessão (art. 71, III, CF);
e) inspeções e auditorias (art. 71, IV, CF);
f) fiscalização de recursos federais repassados a Estado, Município ou Distrito Federal (art. 71, VI, CF);
g) aplicar sanções nos casos de ilegalidade, na forma da lei (art. 71, VIII, CF e Lei nº 8.443/92, arts. 57 e 58);
h) sustar atos ilegais (art.71, X, CF);
i) sustar contratos, caso o Congresso Nacional ou o Poder Executivo não adotem as medidas pertinentes (art. 71, § 2º, CF)

6.4.1. Atividades do TCU

a) fiscalizadora;
b) consultiva;
c) informativa;
d) judicante;
e) sancionadora;
f) corretiva;
g) normativa;
h) ouvidoria.

6.4.2. Tipos de Processo no TCU

a) contas – ordinárias e especiais;
b) fiscalização;
c) admissão e concessão;
d) especiais.

6.5 - Tomada e Prestação de Contas

Os processos de contas diferenciam-se dos demais tipos de processo, basicamente, pelo tipo de atividade exercida pelo Tribunal. Por meio desta espécie processual, o TCU exerce sua função judicante. Julga as contas dos responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos.

A Constituição Federal e a Lei nº 8.443/92, ao retratar a função judicante do Tribunal, distinguiu o exame das contas ordinárias dos administradores públicos da apreciação pontual referente àquelas situações em que há omissão no dever de prestar contas, da ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, da não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União mediante convênio ou outros instrumentos congêneres.

Na primeira hipótese, têm-se os processos de tomada ou prestação de contas, que decorre do dever geral que todo adminsitrador público tem de prestar contas. Todo aquele que gere bens de terceiros tem a obrigação de comprovar que o fez de forma regular, máxime quando se trata de bens públicos.

O art. 7º da Lei nº 8.443/92 estabelece que as contas dos administradores e demais responsáveis submetidos ao controle externo exercido pelo Congresso com o auxílio do TCU serão submetidas a julgamento do Tribunal.O principal objetivo destes processos é informar à sociedade acerca da gestão dos bens e recursos públicos em determinado período.

Na segunda hipótese, têm-se as tomadas de contas especiais.

Conceito – processo administrativo que objetiva apurar a responsabilidade daquele que der causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário (art. 3º da IN 13/96, com a redação dada pela IN nº 35/00).

Casos de instauração (art. 8º da Lei nº 8.443/92):

a) omissão no dever de prestar contas;
b) não-comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União, ou qualquer de seus entes da administração indireta;
c) prática de ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao Erário;
d) ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiro.

Pressupostos de constituição de TCE:

a) competência;
b) existência de dano;
c) responsável;
d) relação jurídica administrativa;
e) possibilidade de apuração dos fatos;
f) esgotamento das vias administrativas internas (art. 1º, § 2º, da IN 13/96 com a redação da IN nº 35/00);
g) economicidade.

Fases do Processo no TCU:

a) recebimento do processo dos órgãos da administração, quando o caso. Juízo de admissibilidade (aferição do preenchimento dos pressupostos de constituição);
b) citação do responsável para apresentar defesa ou recolher o débito. Quatro são as possibilidades:

b.1) recolhimento integral do débito. Verificação da existência de boa-fé para fins de julgamento e quitação;

b.2) alegações de defesa e recolhimento do débito. Exame da defesa. Julgamento e quitação;

b.3) alegações de defesa sem recolhimento do débito. Exame da defesa. Acolhimento. Não acolhimento => Rejeição da defesa e novo prazo para recolher o débito;

b.4) não atendimento à citação. Revelia;

c) julgamento;
d) cobrança executiva.

6.6 - Convênio

a) Conceitos

– "acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes." (Hely Lopes Meirelles)

- "Instrumento de realização de um determinado e específico objetivo, em que os interesses não se contrapõem – ainda que haja prestações específicas e individualizadas, a cargo de cada partícipe." (Marçal Justen Filho)

b) Definição da IN nº 1/97/STN – "instrumento que disciplina a transferência de recursos públicos e tenha como partícipe órgão da administração pública federal direta ou indireta visando à execução de programas de trabalho, projeto/atividade ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação."

c) Convênio x Contrato – a principal diferença entre os institutos reside no fato de que no convênio os interesses são comuns e coincidentes, enquanto que nos contratos os interesses são diversos e opostos.

d) Requisitos da IN nº 1/97/STN:

- motivos;
- objeto;
- metas;
- etapas de execução;
- plano de aplicação dos recursos;
- cronograma;
- declaração de adimplência;
- propriedade do imóvel, quando o caso.

e) Assessoria jurídica do concedente devem apreciar as minutas de convênio com os seguintes documentos:

- extrato do SIAFI;
- prova da capacidade jurídica, técnica e da regularidade fiscal;
- comprovação de inexistência de pendência junto à União ou suas entidades;
- certificado do Registro de Entidade de Fins Filantrópicos, se o caso.

f) Conteúdo do instrumento:

- objeto e seus elementos característicos;
- obrigação de cada um dos partícipes;
- vigência;
- obrigação de prorrogação de ofício, no caso de atraso na liberação;
- prerrogativa da União de conservar a autoridade normativa e a fiscalização sobre a execução;
- classificação das despesas;
- liberação dos recursos, conforme cronograma de desembolso;
- obrigatoriedade de apresentação dos relatórios;
- definição sobre a propriedade dos bens remanescentes;
- faculdade de denúncia ou rescisão a qualquer tempo;
- restituição do saldo;
- obrigação de restituição do valor repassado;
- compromisso de recolhimento do valor corrigido da contrapartida;
- recolhimento de rendimentos de aplicação do mercado financeiro;
- indicação de cada parcela da despesa;
- recursos de despesas futuras incluídos no plano plurianual;
- obrigações do interveniente e do executor;
- livre acesso ao controle interno;
- movimentação dos recursos em conta específica;
- indicação do foro.

g) Vedações:

- taxa de administração;
- gratificação, consultoria, ou outro pagamento a servidor de qualquer dos entes partícipes;
- alteração do objeto ou das metas;
- desvio de finalidade;
- despesas antes ou depois da vigência;
- vigência ou efeitos financeiros retroativos;
- despesas com encargos relativos a pagamentos intempestivos;
- transferência dos recursos para clubes, associações de servidores, salvo creches e escolas para o atendimento pré-escolar;
- despesas com publicidade.

h) Publicidade – imprensa oficial e ciência ao Poder Legislativo respectivo.

i) Casos de suspensão da liberação dos recursos:

- não comprovação da boa e regular aplicação de parcela já recebida;
- desvio de finalidade;
- atraso injustificado no cumprimento das etapas;
- violação aos princípios da Administração Pública;
- descumprimento de cláusula ou condição do convênio.

j) Prestação de contas – final e parcial:

j.1) Elementos que devem integrar a prestação de contas final:

- plano de trabalho;
- cópia do termo de convênio;
- relatório de execução físico-financeira;
- demonstrativo da execução da receita e despesa;
- relação de pagamentos;
- relação de bens;
- extrato da conta bancária;
- cópia do termo de aceitação definitiva;
- comprovante de recolhimento do saldo bancário;
- cópia da adjudicação e da homologação das licitações realizadas ou justificativa de sua dispensa ou inexigibilidade;

j.2) despesas comprovadas por documentos originais fiscais ou equivalentes, mantidos em arquivo no órgão/entidade beneficiário por cinco anos;

j.3) análise sob o aspecto técnico e financeiro;

j.4) irregularidades na prestação de contas => instauração de TCE;

j.5) prestação de contas parcial – relativa a cada uma das parcelas de recursos liberados;

j.6) elementos que integram a prestação parcial:

- relatório de execução físico-financeira;
- demonstrativo da execução da receita e da despesa;
- relação de pagamentos;
- relação de bens;
- extrato da conta bancária;
- cópia do termo de aceitação definitiva da obra;
- cópia da adjudicação e da homologação das licitações realizadas ou justificativa da dispensa ou da inexigibilidade;

l) Causas de rescisão:

- utilização dos recursos em desacordo com o plano de trabalho;
- aplicação dos recursos no mercado financeiro em instituição bancária diversa daquelas estabelecidas pela IN 1/97/STN;

- ausência das prestações de contas parciais e final.

m) Rescisão do convênio enseja instauração de TCE.

CAPÍTULO VII - ATOS ADMINISTRATIVOS

7.1 - Considerações Introdutórias

a) Fato jurídico x ato jurídico

Fato jurídico => qualquer acontecimento a que o Direito impute efeitos jurídicos - evento material, conduta humana ou 3º espécie (prescrição, decadência).

Ato jurídico => comportamento voluntário + fato jurídico - E os atos jurídicos administrativos vinculados? Não há vontade.

Critério de CABM => ato administrativo são declarações, enunciados, que prescrevem como certa coisa deverá ser.

b) Conceituação de ato administrativo

Dificuldade de precisar seus contornos => depende do legislador.

7.2 - Atos da Administração e Atos Administrativos

a) Atos da Administração :

- atos regidos pelo direito privado - Ex.: locação de uma casa para instalar repartição.
- atos materiais - aula, cirurgia (fatos administrativos);
- atos políticos ou de governo - com margem de discrição alta e diretamente em obediência à Constituição. Ex.: sanção de lei , indulto.

7.3 - Conceito de Ato Administrativo

Definição (CABM): "Declaração do Estado (ou de quem lhe faça às vezes - como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei, a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional".

Características do ato administrativo:

a) declaração jurídica que produz efeitos jurídicos;

b) provém do Estado ou de quem esteja investido em prerrogativas estatais;

c) é exercido no uso de prerrogativas públicas, portanto, de autoridade, sob regência do Direito Público;

d) providências jurídicas complementares da lei ou excepcionalmente da Constituição;

e) sujeita-se a exame de legitimidade por órgão jurisdicional.

Ato Administrativo:

- em sentido lato: regulamentos (atos abstratos), contratos (atos convencionais) e atos propriamente ditos;
- em sentido estrito: declaração unilateral (contrato) do Estado, mediante

comandos concretos (abstratos).

7.4 - Perfeição, Validade e Eficácia

7.4.1 - Planos de Análise de Qualidade

- perfeição - situação do ato cujo ciclo de formação está concluído;
- validade - ato produzido em absoluta conformidade com as exigências do sistema normativo;
- eficácia - disponível para produzir efeitos próprios, típicos (não dependem de termo, condição).

7.4.2 - Efeitos

- Efeitos típicos - os que decorrem do conteúdo do ato.
- Efeitos atípicos:
  - preliminares - da produção do ato até o desencadeamento de seu efeitos típicos. Ex.: emissão do ato de controle.
  - reflexos - que atingem terceiros. Ex.: rescisão de locação de imóvel desapropriado. Atinge o locatário e não o ex-proprietário.

7.5 - Elementos do Ato Administrativo

- sujeito - autor do ato;
- forma - revestimento externo do ato;
- objeto (conteúdo) - disposição jurídica expressada pelo ato;
- motivo - situação objetiva que autoriza ou exige a prática do ato;
- finalidade - bem jurídico a que o ato deve atender.

Pressupostos de existência do ato administrativo

- objeto (ato) e pertinência do ato ao exercício da função administrativa.

Pressupostos de validade do ato administrativo

- pressuposto subjetivo - sujeito;
- pressupostos objetivos - motivos, requisitos procedimentais;
- pressuposto teleológico - finalidade;
- pressuposto lógico - causa;
- pressupostos formalísticos - formalização.

7.6 - Elementos do Ato

- Conteúdo (objeto) - é aquilo que o ato dispõe. É a própria medida que produz a alteração na ordem jurídica. O conteúdo deve ser previsto em lei (legalidade estrita).
- Forma - é o revestimento exterior do ato (Portaria, Decreto etc).

7.7 - Pressupostos do Ato

7.7.1 - Pressupostos da Existência

Objeto - é aquilo sobre que o ato dispõe. Não é conteúdo, que é a própria disposição (elemento do ato).

Pertinência à função administrativa - o ato tem que ser imputável ao Estado (gestão de negócios, concessionário, permissionário etc.)

7.7.2 - Pressupostos de Validade

a) Pressuposto subjetivo - Sujeito - competência e demais requisitos concretos.

b) Pressupostos objetivos

b.1) Motivo - pressuposto objetivo - situação no mundo empírico que deve ser levado em conta para a prática do ato.

Motivo do ato - é a própria situação material.

Motivo legal - previsão abstrata.

- Legalidade do ato depende da
    - materialidade do ato
    - correspondência entre o motivo do ato e o motivo legal

Móvel é a intenção do agente.

Móvel é importante na avaliação dos atos discricionários (mas o importante é o descompasso objetivo entre a atuação do agente e a finalidade da norma).

- Motivo e motivação (conteúdo) - motivação é a exposição dos motivos

a) a regra do Direito aplicado;
b) os fatos reais;
c) relação de pertinência lógica entre b e a.

- Motivação (conteúdo) deve ser contemporânea ao ato.

- art. 93, IX e X, CF, art. 458, II, CPC => julgamentos do Poder Judiciário devem ser fundamentados e as decisões administrativas serão motivadas.

A regra é a contemporaneidade. Mas se for provado que os motivos preexistiam, que eram idôneas para justificar o ato e que foram determinantes para a prática do ato => convalidação.

- Teorias dos Motivos Determinantes - enunciados os motivos pelo agente, estes aderem ao ato, devendo ser provado que ocorreram e que justificaram o ato;

b.2) Requisitos procedimentais - (pressuposto objetivo)

São atos que devem preceder à expedição dos atos administrativos. Não são motivos, que são fatos jurídicos. Ex.: ato de classificação do licitante deve preceder ao ato de adjudicação.

c) Pressuposto teleológico - finalidade

- Finalidade - bem jurídico objetivado pelo ato.
- Desvio de finalidade => no próximo capítulo, abordaremos este ponto especificamente.

d) Pressuposto lógico - causa

- Causa = vínculo de pertinência entre o motivo e o conteúdo do ato.
- Não é motivação porque nem sempre a lei deixa claro os motivos legais, quedando inócua sua compatibilização com os motivos de fato.
- Avalia-se: - razoabilidade;
  - proporcionalidade.

e) Pressuposto formalístico - formalização

- Formalização - é a específica maneira pela qual o ato deve ser externado.
- Em regra, os atos administrativos são escritos.
- Irregularidade - formalização falha, mas que não interfere na garantia do administrado.

7.8 - O Silêncio no Direito Administrativo

- Silêncio não é ato administrativo (é fato jurídico, não tem forma, não tem motivação).

- Conseqüências: - servidor - punição disciplinar (art. 116, I, Lei nº 8.112/90);
  - administrado pode demandar judicialmente que o juiz supra a ausência de manifestação ou que assine prazo para com a Administração.

7.9 - Atributos dos Atos Administrativos

a) presunção de legitimidade - presunção **juris tantum** de estarem adequados ao Direito até prova em contrário;

b) imperatividade - qualidade pela qual os atos administrativos se impõem a terceiros, independentemente de sua concordância;

c) exigibilidade - é a qualidade em virtude da qual o Estado pode exigir de terceiros o cumprimento das obrigações que impôs, sem recorrer ao Judiciário.

d) executoriedade - é a qualidade pela qual o Poder Público pode compelir materialmente o Administrado ao cumprimento da obrigação que impôs e exigiu, sem precisar buscar previamente as vias judiciais.

Ex.: 1) exige, sob pena de multa, a construção de calçada - exigibilidade;
1.1) se construir de ofício a calçada e debitar o custo ao administrado - executoriedade;
2) dissolve uma passeata - executoriedade;

3) interdita uma fábrica - executoriedade;
4) apreende medicamentos - executoriedade.

Nem sempre os atos exigíveis são executáveis. Ex.: A Administração Pública pode exigir certidão negativa de impostos do terreno para conceder alvará de construção. Há exigibilidade, mas não há executoriedade.

Não necessita a Administração obter uma sentença para tornar exigível o comando contido no ato.

Exigibilidade - a Administração Pública se vale de meios indiretos para induzir o administrado a atender o comando imperativo.

Executoriedade - quando existe, pode a Administração, satisfazer diretamente sua pretensão jurídica.

Exigibilidade - regra

Executoriedade (hipóteses cabíveis)

- previsão legal;
- quando houver comprometimento do interesse público.

7.10 - Classificação dos Atos Administrativos

a) Quanto à natureza de atividade:

- administração ativa. Ex.: autorizações, licenças, nomeações;
- administração consultiva. Ex.: pareceres, informes;
- administração controladora. Ex.: homologação, aprovação prévia etc.;
- administração verificadora. Ex.: se o servidor tem 35 anos;
- administração contenciosa. Ex.: julgamento de funcionário em processo administrativo => não faz coisa julgada.

b) Quanto à estrutura do ato:

- ato concreto - alcança um único caso. Ex.: exoneração de um servidor;
- ato abstrato - alcança um número indeterminado de pessoas e situações. Ex.: regulamento.

c) Quanto aos destinatários:

- atos individuais - destinatário é sujeito ou sujeitos especificamente determinados. Ex.: nomeação de um servidor; nomeação, em única lista, de vários servidores;
- atos gerais - destinatário é categoria de sujeitos não especificados. Ex.: edital de concurso público. O edital é ato concreto => esgota-se em uma única aplicação.

d) Quanto ao grau de liberdade:

- discricionários - há margem de liberdade para a Administração decidir. Ex.: porte de arma;
- vinculados - não há liberdade para a Administração decidir. Ex.: aposentadoria, a pedido, por ter completado o tempo para aposentadoria.

e) Quanto à função da vontade administrativa:

- atos negociais - vontade administrativa preordenada à obtenção de um efeito jurídico. Ex.: assinatura de um contrato;

- atos puros - efeito jurídico decorre da lei. Ex.: expedição de uma certidão.

f) Quanto aos efeitos:

- constitutivos. Ex.: autorização para exploração de jazida;

- declaratórios. Ex.: laudo de vistoria, certidão de tempo de serviço (preexistência de uma situação de fato ou de direito).

g) Quanto à composição da vontade produtora do ato:

- ato simples - declaração jurídica de um órgão;

- atos complexos - conjugação da vontade de 2 ou mais órgãos. Ex.: lista tríplice + nomeação de juiz ou ministro.

- Segundo CABM, ato composto é procedimento.

h) Quanto à natureza das situações jurídicas que criam:

- atos-regra - criam situações gerais, abstratas e impessoais (modificáveis pela Administração) - não geram direitos adquiridos. Ex.: o regulamento;

- atos subjetivos - criam situações particulares, concretas e pessoais - geram direitos adquiridos. Ex.: o contrato;

- atos-condição - os que alguém pratica, incluindo-se, debaixo das situações criadas pelos atos-regra. Não criam direito adquirido. Ex.: aceitação de cargo público, promulgação do orçamento para a realização de uma dada despesa.

7.11 - Vinculação e Discricionariedade

- Ato vinculado - é o apoiado em lei que não confere ao administrador margem nenhuma de liberdade.

- Ato Discricionário - é o calcado em norma legal que confere ao administrador certa esfera de liberdade, que será preenchida mediante juízo de oportunidade e conveniência. Cumpre mencionar que não há, em verdade, atos totalmente discricionários, mas, sim, poderes discricionários.

Todo ato administrativo deverá conformar-se à finalidade legal, ou seja, os poderes discricionários devem atuar no sentido de fazer valer o fim legal que deu ensejo a sua existência.

7.12 - Atos Administrativos in specie

a) Em função do conteúdo:

- admissão;

- concessão - serviço público;
- permissão - serviço público;
- autorização - atividade material;
- aprovação - ato discricionário em relação ao ato jurídico já praticado;
- licença - concedida mediante o preenchimento dos requisitos legais;
- homologação - ato vinculado, pelo qual a Administração Pública expressa a concordância com outro ato jurídico.

b) Formas de manifestação:
- decreto - Presidente (art. 84, CF);
- portaria - autoridade de nível inferior;
- alvará - autorizações e licenças;
- instrução - chefes instruem os subordinados e administrados;
- aviso;
- circular;
- ordem de serviço;
- resolução - órgãos colegiados;
- parecer;
- ofício.

7.13 - Procedimento Administrativo

É uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos tendentes a um resultado final. Ex.: concursos públicos, licitações.

De acordo com a função que desempenham no procedimento administrativo, os atos que o integram e completam podem classificar-se em:
- atos propulsivos;
- atos instrutórios;
- atos decisórios;
- atos controladores;
- atos de comunicação.

7.14 - Panorama da Extinção dos Atos Administrativos

Extinção - gênero
Principais espécies: - revogação;
- invalidação.

7.14.1 - Tipos de Extinção de Ato Eficaz (ou de seus efeitos):

a) cumprimento de seu efeito:
- esgotamento do conteúdo jurídico. Ex.: gozo do período de férias;
- execução material. Ex.: demolição de uma casa;

- implemento de condição resolutiva. Ex.: permissão para derivação da água de um rio, desde que seu nível não esteja abaixo de determinada cota;
- termo final.

b) desaparecimento do sujeito ou do objeto de relação jurídica

c) retirada do ato
- revogação. Ex.: retirada da permissão por conveniência e oportunidade;
- invalidação;
- cassação. Ex.: destinatário do ato descumpriu condições;
- caducidade - nova norma jurídica torna inadmissível o ato precedente;

d) renúncia
Ex.: renúncia a um cargo.

7.14.2 - Tipos de Extinção de Ato não Eficaz:
- mera retirada (revogação);
- recusa.

7.15 - Revogação

A revogação é cabível quando uma autoridade administrativa conclui que um ato não atende mais ao interesse público e por isso resolve eliminá-lo.

Requisitos e conseqüências:
a) sujeito ativo: autoridade administrativa;
b) objeto: ato ou relação jurídica válidos;
c) fundamento: competência discricionária;
d) motivo: inconveniência da mantença da situação;
e) efeitos: extinguir o que fora provido, sem ofender os (direitos) ou efeitos passados;
f) natureza: é ato constitutivo.

- Revogação: - implícita
  - explícita

- Sujeito Ativo da Revogação

Pode ser tanto o agente administrativo que produziu o ato quanto autoridade superior no exercício do poder hierárquico.

- Objeto da Revogação

Ato administrativo ou relação jurídica válida dele decorrente. Busca-se atender a uma conveniência administrativa.

a) atos normativos - quer-se suprimir o próprio ato e o nascimento de novos efeitos;

b) atos concretos - quer-se encerrar as relações nascidas dele. Ataca-se os efeitos do ato.

- Fundamentos da Revogação

a) o agente tem que ter competência com respeito à questão versada no momento da revogação;

b) competência discricionária - análise da conveniência e da oportunidade. Competência que permite ao agente dispor discricionariamente sobre a mesma situação ou norma expressa que lhe outorgue o poder revogatório.

- Motivos da Revogação

a) inconveniência do ato;

b) irrelevante distinguir se a inconveniência foi contemporânea ou superveniente ao ato que se vai revogar.

Se a inconveniência foi no instante do ato => mau uso da competência discricionária => INVALIDAÇÃO

- Efeitos da Revogação

a) suprime um ato ou seus efeitos;

b) tem eficácia **ex nunc**, não desconstitui atos passados.

CABM entende que pode haver repristinação de ato administrativo (só para atos concretos).

- Natureza do Ato Revogador

É ato constitutivo, não é ato de controle.

- Limites ao Poder de Revogar

Só existe tal problema em relação aos atos concretos, uma vez que, nesse caso, quer-se fazer cessar uma relação presente.

São irrevogáveis:

a) os atos que a lei declare irrevogáveis;

b) os atos já exauridos;

c) os atos vinculados enquanto o sejam;

d) os meros atos administrativos (certidão, os votos de colegiados) => derivam da lei e não são discricionários;

e) atos de controle - eles se exaurem com sua expedição (o ato é aprovado ou não) - controlar não é administração ativa;

f) preclusão do ato num procedimento;

g) atos complexos;

h) atos que geram direitos adquiridos.

- Revogação - indenização
Revogação, em regra, não dá margem à indenização.
Mas existe responsabilidade do Estado por ato lícito.

- Expropriação
É o ato administrativo adequado quando há um choque entre o interesse público e um direito do administrado. Art. 5º, XXIV, exige justa e prévia indenização em dinheiro.
A expropriação é diferente da revogação, que só depois de editada cogita de indenização.
Ex.: licença para edificar - administrado inicia construção.
Revogação porque o interesse público mudou?
Não!
Deve-se desapropriar o direito de construir através de indenização prévia.

7.16 - Invalidade dos Atos Administrativos

- Invalidação é a supressão, com efeito retroativo, de um ato administrativo ou da relação jurídica dele nascida por haverem sido produzidos em desconformidade com a ordem jurídica.

- Sujeitos ativos de invalidação: Administração e Poder Judiciário.

- Objeto de invalidação:
a) ato ineficaz => invalida-se o ato, não há efeitos;
b) ato eficaz => invalida-se o ato e/ou seus efeitos.

- Ato abstrato - fonte contínua de efeitos: - invalida o ato
- invalida os efeitos, inclusive os já ocorridos
- Ato concreto - aplicável uma única vez - invalida a relação jurídica com seus efeitos (o ato já não existe mais).

- Fundamento da invalidação - restaura a legalidade.

- Motivo da invalidação - ilegitimidade do ato.

- Efeitos da invalidação - opera **ex tunc.**

- <u>Classificação da invalidade segundo a doutrina brasileira</u>
a) Hely Lopes Meirelles => só existe nulidade;
b) <u>O.A.B. de Mello</u> => atos nulos e anuláveis:
- atos anuláveis são convalidáveis;
- atos nulos podem ser impugnados de ofício ou pelo Ministério Público;
- atos anuláveis só podem ser impugnados pelos interessados;
- prescrição longa (**longi temporis**) => atos nulos;
- prescrição breve (**brevi temporis**) => atos anuláveis;

c) <u>Seabra Fagundes</u> => nulos, anuláveis e irregulares.

d) <u>Posição de Celso Antônio Bandeira de Mello</u>
Existem atos inexistentes => ofendem ao direito e podem merecer resistência **manu militari**.
- Atos <u>inexistentes</u>, <u>nulos</u>, <u>anuláveis</u> e <u>irregulares</u>.

- <u>Convalidação</u>
Definição => é o suprimento da invalidade de um ato com efeitos retroativos. Pode derivar da Administração ou do administrado.
Fundamento => o interesse público que há por trás dos atos administrativos nem sempre será mais bem atendido com a invalidação do ato. Pode-se tutelar a boa-fé e a segurança jurídica por meio da convalidação.
Requisito: O ATO POSSA SER PRODUZIDO VALIDAMENTE NO PRESENTE.
Não cabe convalidação se o ato já foi impugnado judicial ou administrativamente.
Exceção: convalidação do ato vinculado pela motivação tardia.

- Convalidação $\neq$ conversão de atos nulos (rebaixamento do ato de uma categoria para outra, que legitima o ato). Ex.: Resolução vira Portaria e não gera efeitos extra-órgão.

- Convalidação e Invalidação. Poder ou Dever ?

- <u>A convalidação, quando possível, é obrigatória</u>!

- Sendo cabível a convalidação, esta é obrigatória e prevalece sobre a invalidação (não há discricionariedade nesse aspecto)

- Exceção: vício de competência em ato de conteúdo discricionário. Cabe ao agente competente decidir se convalida ou não.

- A <u>invalidação é obrigatória, nos atos insusceptíveis de convalidação</u>, a menos que a situação gerada pelo ato citado já esteja estabilizada pelo Direito:
a) quando escoou o prazo prescricional;
b) o ato gerou efeitos que tutelam bens jurídicos superiores.

Ex.: Vício grave em licença de loteamento. Já estão construídas casas para pessoas de baixa renda. Não cabe invalidação em face do interesse social.

- Identificação dos atos inexistentes, nulos e anuláveis

- Inexistentes => impossível jurídico

- Nulos: - disposição legal
  - convalidação impossível. Ex.: objeto ilícito, desvio de poder, falta de motivo ou de causa.

- Anuláveis: - disposição legal
  - os que podem ser convalidados. Ex.: sujeito incompetente, vício de vontade (erro, dolo, coação, simulação), defeito de formalidade.

- Regime dos atos inválidos

- Respeitam-se os atos praticados que atingiram terceiros de boa-fé.

- Invalidação e dever de indenizar

a) se o administrado não teve despesas => não há indenização;

b) se o administrado já desenvolveu de boa-fé atividade dispendiosa => cabe indenização pelas despesas efetuadas.

- Direito de resistência contra atos inválidos.

- **Manu militari** => só atos inexistentes

- Não obediência => conta e risco para o administrado => será legítima se o judiciário invalidar e será ilegítima em caso contrário.

VIII - DESVIO DE PODER

8.1 - Introdução

O desvio de poder é matéria concernente à atuação discricionária da Administração. Ocorre quando o administrador utiliza uma competência legal em desacordo com a finalidade prevista na regra de competência.

É causa de invalidade do ato administrativo, passível de controle do Poder Judiciário e da própria Administração (autotutela).

Para estudar o desvio de poder ou o desvio de finalidade (*détournement de pouvoir*), cumpre recordar, inicialmente, o tema da discricionariedade administrativa.

8.2 - Discricionariedade Administrativa

O princípio da legalidade (art. 37, CF) deixa assente que a Administração só pode agir em obediência à lei. As atividades administrativas podem ser exercidas com relativa liberdade de atuação do agente. A lei é que delimita os confins desta liberdade.

8.2.1 - Ato Vinculado e Ato Discricionário

Por ato vinculado entende-se o que é apoiado em lei, que não confere ao administrador margem alguma de liberdade.

O ato discricionário, de seu turno, é calcado em norma legal que confere ao administrador certa esfera de liberdade, que será preenchida mediante juízo subjetivo de oportunidade e conveniência. Cumpre mencionar que não há, em verdade, atos totalmente discricionários, mas, sim, poderes discricionários.

Todo ato administrativo, como se verá, deverá conformar-se à finalidade legal, ou seja, os poderes discricionários devem atuar no sentido de fazer valer o fim legal que deu ensejo à sua existência.

A imprescindibilidade da discricionariedade resulta da natureza e da diversidade da atuação do Estado. Existe uma impossibilidade material de o legislador prever todas as situações fáticas concretas. Mesmo que tal obra fosse possível, ainda assim, a melhor solução para cada caso não poderia prescindir da subjetividade humana.

Celso Antônio Bandeira de Mello[1] perscruta o discrímen entre os atos administrativos e vinculados, **in verbis**:

> "Em síntese: ao lado de conceitos unisignificativos, apoderados de conotação e denotação precisa, unívoca, existem conceitos padecentes de certa imprecisão, de alguma fluidez e que, por isso mesmo, se caracterizam como plurisignificativos. Quando a lei se vale das noções do primeiro tipo, ter-se-ia vinculação. De revés, quando se vale de noções

---

[1] Antônio Bandeira de Mello, Celso. *Discricionariedade administrativa e controle judicial*, RDP 32, p. 21.

tanto vagas, ter-se-ia discricionariedade." (grifou-se).

8.2.2 - Tipos de Discricionariedade:

Três são as espécies de discricionariedade: discricionariedade na hipótese da norma (motivo); discricionariedade no mandamento da norma (conteúdo); e discricionariedade na finalidade da norma.

Exemplos de discricionariedade no motivo: norma legal que prescreva o atendimento médico gratuito às pessoas pobres; norma que estabeleça o notável saber como requisito para o preenchimento de cargo etc.

A discricionariedade no mandamento da lei (conteúdo) ocorre quando a norma, ao invés de exigir, faculta um dado comportamento ao agente. É o caso mais comum de discricionariedade e aquele que confere maior dose de autonomia ao administrador. Ex.: norma que prescreve a cominação da pena de suspensão ou de multa ao servidor que praticar determinado ilícito.

A discricionariedade na finalidade da norma ocorre quando a própria finalidade da norma é expressa por meio de termos fluídos. Ex.: norma legal que disponha sobre a expulsão do cinema de pessoa que se portar indecorosamente, a fim de proteger a moralidade pública. Moralidade pública é conceito que varia no tempo e no espaço.

8.3 - Controle Judicial da Discricionariedade

A discricionariedade pode ser controlada, uma vez que dentro de um sistema de normas sempre é possível circunscrever o âmbito de significação das palavras e reduzi-lo a um conteúdo mínimo inafastável.

O controle judicial da discricionariedade dos atos administrativos deve investigar os motivos, a finalidade e a causa do ato.

O exame dos motivos consiste na apreciação da matéria de fato sob duas óticas. Em primeiro lugar, investiga-se sua subsistência, isto é, sua efetiva ocorrência. Em segundo lugar, sua idoneidade para engendrar sua subsunção à norma.

No exame da causa do ato (motivação), aprecia-se a correlação lógica entre os pressupostos de fato e os fundamentos de direito, ou seja, entre os motivos de fato e o motivo legal.

Tais exames podem levar à descoberta do erro de fato e do erro de direito.

O erro de fato ocorre quando a avaliação errônea dos fatos leva à conclusão equivocada quanto à oportunidade e conveniência de agir de dada maneira. Ex.: poderes conferidos à Administração para manter a ordem pública que são utilizados em situação em que não havia risco de sua perturbação.

No erro de direito, o agente erra na interpretação da norma, dolosa ou culposamente, aplicando-a indevidamente ou deixando de aplicá-la diante de premissas fáticas idôneas.

O exame da finalidade tem por objetivo a confrontação da finalidade normativa com o comportamento do agente, para verificar se há harmonia entre o ato administrativo e a finalidade legal a ser buscada. Pode levar à descoberta do desvio de poder, que consistiria no

manejo de um plexo de poderes (competência) para o atingimento de finalidade diversa da contida na norma.

As falhas decorrentes da insuficiência de motivos, da inconsistência da motivação ou do desatendimento da finalidade legal podem levar à invalidade do ato.

Reconheça-se, entretanto, que o erro de fato, o erro de direito e o desvio de poder não são mutuamente excludentes. Em verdade, a figura do desvio de poder está relacionada mais precisamente aos atos administrativos aparentemente lícitos, ou seja, àqueles cujos motivos e cuja motivação pareçam, à primeira vista, adequados, mas que, submetidos a uma análise teleológica, levando em consideração o móvel do agente, evidenciem uma desarmonia entre sua finalidade e o fim legal.

Veja-se que o ordenamento positivo, ao regular o desvio de finalidade, parece designar conceito autônomo, dissociado de outros vícios do ato administrativo. A definição contida na Lei nº 4.717, de 29.6.95, que regula a ação popular, é exemplo típico:

"Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

a) incompetência;

b) vício de forma;

c) ilegalidade do objeto;

d) inexistência dos motivos;

e) desvio de finalidade.

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que a praticou;

b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidade indispensáveis à existência ou seriedade do ato;

c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou ato normativo;

d) a inexistência de motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;

e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência."

Deve-se mencionar que a avaliação da incompetência **stricto sensu** e do vício de forma não diz respeito exclusivamente aos atos discricionários, mas, sim, à análise de legalidade formal de todo ato administrativo.

A ilegalidade do objeto, da mesma forma, é noção de ilegalidade **stricto sensu**, ou seja, ilegalidade material, em que o conteúdo, a matéria, a substância do ato viola lei ou ato normativo.

A inexistência de motivos, que engloba a análise dos motivos e da motivação, e o desvio de finalidade são patologias típicas de atos discricionários.

Na prática, no entanto, o desvio de poder passou a ser uma ampla figura que agasalha todos os atos administrativos que não visem ao atendimento do fim previsto na

norma de competência, mesmo que já inquinados com outros vícios, vinculados aos motivos ou à motivação.

8.4 - Antecedentes Históricos

A noção do desvio de poder (*détournement de pouvoir*), como vício de legalidade, foi construída na jurisprudência do Conselho de Estado da França, a partir do caso Lesbats, decidido em 25 de fevereiro de 1864 e confirmado em 7 de junho de 1865, quando, então, determinada municipalidade negou autorização para que transportador de passageiros estacionasse seus veículos em praça fronteira à estação de estrada de ferro, obedecendo ao propósito de garantir a exclusividade do serviço a outra empresa.

Ressalve-se que a França admite o contencioso administrativo, sistema que exclui do Poder Judiciário a apreciação de demandas que envolvam a Administração Pública, que passam a ser decididas, com força de coisa julgada, por órgão especial investido de poderes jurisdicionais. É conseqüência de ótica peculiar do princípio da separação de poderes, que entende inadmissível que um Poder se submeta inteiramente a outro. A invasão da discricionariedade dos atos administrativos ficou facilitada, nesse caso, porque realizada ainda no âmbito administrativo.

Também o Conselho de Estado da Itália criou a figura similar do *sviamento di potere*. No Brasil, foi Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, de 28 de julho de 1948, tendo como Relator o Desembargador Seabra Fagundes, quem primeiro acolheu a noção do desvio de finalidade. Tratava-se de mandado de segurança versando sobre exercício do poder de polícia do trânsito por parte de autoridade estadual, que fixou horário para o tráfego intermunicipal de determinada empresa que importava em prejudicá-la em face de outra concorrente. Decidiu-se pela nulidade do ato, uma vez que objetivava fim estranho ao da norma, ou seja, o favorecimento de terceiro.

8.5 - Teoria do Desvio de Poder

Preliminarmente, urge definir o conceito de função. Existe função quando alguém dispõe de um poder para satisfazer interesse alheio.

O poder administrativo deve ser exercido, na função pública, de molde a alcançar certa finalidade estampada na lei, ou seja, tem caráter meramente instrumental direcionado ao atingimento do interesse da coletividade ("todo o poder emana do povo"). Sempre que o agente público se afastar dessa finalidade, visando ao atingimento de outra finalidade que não a insculpida na lei, ter-se-á desvio de poder ou desvio de finalidade.

Nem sempre, todavia, entendeu-se que o Poder Judiciário estava habilitado a controlar os atos discricionários de maneira a perquirir a existência do desvio de poder. Autores, como Hauriou, sustentaram que a observância às regras de respeito ao fim do ato administrativo resulta de diretrizes morais do próprio Poder Administrativo. A moralidade administrativa seria anterior às leis do Estado e ter-se-ia imposto pela prática. Dessa forma, desde que formalmente observados os pressupostos fáticos e jurídicos do ato administrativo, não caberia ao Judiciário formular juízo de valor moral a respeito da obediência do agente à

finalidade do ato.

Essa doutrina foi abandonada, uma vez que os limites da discricionariedade foram sendo submetidos a contenções pela jurisprudência e pela doutrina. Mais ainda, os ordenamentos positivos foram absorvendo essa linha e passaram a explicitar os princípios regedores da Administração Pública, dentre os quais a moralidade e a impessoalidade (art. 37, CF). Dessa forma, não há como pretender afastar do intérprete a avaliação da conformidade do ato aos princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade (finalidade), que passam a compor categorias que afetam intrinsecamente cada ato administrativo.

O desvio de poder não se confunde com a incompetência formal. Nesta o agente não dispõe de poderes para dispor sobre a questão versada. Naquela, ao contrário, o agente age, pelo menos a princípio, dentre de sua esfera de competência.

Quando o agente agride grosseiramente o padrão legal, por favoritismo ou defendendo interesse alheio, a questão pode ser colocada no plano de mero controle da legalidade material (ilegalidade do objeto). No entanto, quando o agente age disfarçadamente, de modo soez, dissimulando sua conduta, estar-se-á no campo privativo do vício do desvio de finalidade. Nessas hipóteses, deve o Judiciário agir com desassombro, de forma a perscrutar os indícios deixados.

8.6 - Modalidades do Desvio de Poder

O vício do desvio de poder, quanto aos fins, pode apresentar-se sob duas modalidades: visando a uma finalidade pública diferente da prevista em lei; ou visando a uma finalidade estranha ao interesse público.

No primeiro caso, pode o agente incorrer em erro de direito, ao entender lícito o exercício de sua competência para o atingimento da finalidade almejada, quando não o era. Pode, também, agir deliberadamente, servindo-se de competência imprópria para eximir-se de embaraços, dificuldades ou demora. Em qualquer caso, há desvio de poder. De igual modo, se o agente dispõe de duas competências distintas, não pode fazer uso indiscriminado das mesmas. Cada uma deve ser utilizada de acordo com sua finalidade.

8.7 - Desvio de Poder e o Vício de Intenção

Com relação ao elemento subjetivo, o desvio de pode ser classificado da seguinte forma:

- derivado de dolo;
- derivado de erro:
  - de direito:
    - fim expresso na lei;
    - fim implícito;
  - de fato.

Em regra, o desvio de poder deriva de dolo, ou seja, de uma intenção defeituosa animada por propósitos subalternos e mesquinhos. Pode nascer, também, de uma falsa concepção de interesse público, que induz o agente, conscientemente, a insurgir-se contra

o esquema de garantias do administrado ou a criar obstáculos à defesa do administrado. Em suma, quando pretende sobrepor seu juízo pessoal ao juízo legislativo.

Pode o agente, no entanto, agindo de boa fé, sem nenhum intuito incorreto, incidir em desvio de finalidade. É o caso do erro de fato, em que os pressupostos fáticos são mal avaliados, e do erro de direito, em que, ao desconhecer a finalidade da norma, o administrador serve-se de um ato inadequadamente. Ex.: Remoção de funcionário efetuado com intento sancionador. A consciência do agente de que a remoção é medida voltada para o preenchimento de vagas no serviço público, sem nenhum caráter punitivo, não é fator indispensável para a caracterização do desvio de poder.

8.8 - Desvio de Poder: Vício Objetivo

O que o Direito sanciona no desvio de poder é o descompasso objetivo entre a finalidade da lei e a do ato administrativo. Destarte, o vício subjetivo do agente não é pressuposto jurídico para caracterizar o desvio de poder. No entanto, a busca da intenção viciada é importante indício de ocorrência de desvio de poder. Em regra, quem mira na direção errada não acerta no alvo.

8.9 - Prova do Desvio de Poder

Não é fácil surpreender o vício de desvio de poder. Normalmente o agente público, ao agir com dolo, atua de molde a preencher os requisitos formais do ato.

De forma esquemática, José Cretella Júnior [2] elenca os seguintes sintomas que permitem o reconhecimento do desvio de poder:

- contradição do ato com atos posteriores;
- contradição do ato com atos anteriores;
- motivação excessiva;
- motivação contraditória;
- motivação insuficiente;
- alteração dos fatos;
- ilogicidade manifesta;
- manifesta injustiça;
- disparidade de tratamento;
- derrogação de norma interna.

Por seu turno, Celso Antônio Bandeira de Mello[3] anota os seguintes sintomas identificadores do desvio de poder:

- irrazoabilidade da medida;
- discrepância com a conduta habitual da administração;

---

[2] Júnior, José Cretella. *Sintoma Denunciadores do "Desvio de Poder"*, Revista da Faculdade de Direito, Vol. LXXI, 1976, pp. 79/97.

[3] Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Desvio de Poder*, RDP, n. 89, jan-mar 89.

- desproporcionalidade entre o conteúdo do ato e os fatos em que se baseou;
- incoerência entre as premissas lógicas ou jurídicas firmadas na justificativa e a conclusão que delas foi sacada;
- existência de animosidade, indisposição política;
- existência de intuitos de favoritismo;
- conduta pregressa do agente.

8.10 - Desvio, Excesso e Abuso de Poder

Normalmente, os autores tendem a considerar o excesso de poder e o desvio de poder como espécies do gênero abuso de poder. Para estes, ocorre o abuso de poder quando autoridade, embora competente, excede os limites de sua atuação legal (excesso de poder) ou se desvia de suas finalidades administrativas (desvio de poder).

No direito positivo, a CF 88, em seu art. 5º , incisos LXVIII e LXIX, deixa clara a existência de uma classe de vício denominada abuso de poder, não inserida no âmbito da legalidade **stricto sensu**, ao dispor:

"LXVIII - conceder-se-á **habeas corpus** sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;"

"LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por **habeas corpus** ou **habeas data**, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público."

Diógenes Gasparini [4] propõe classificação que permite perfeita distinção entre essas categorias:

Uso anormal da norma
- ato ilegal: a) parcial - excesso de poder;
  b) total - desvio de finalidade;
- execução do ato irregular - abuso de poder.

O abuso de poder, segundo essa concepção, teria sua sede na fase executória do ato administrativo legal ou ilegal. Poderia ser caracterizado pela inobservância dos meios e cuidados necessários à sua concretização. Ex.: a Lei das Desapropriações (Decreto-lei nº 3.365, de 21.6.41) define os cuidados que devem ser tomados quando da penetração no imóvel desapropriado. O descumprimento desses requisitos implica em abuso de poder, sem que com isso possa ser infirmado o ato de desapropriação.

8.11 - Análise de Acórdãos

1º Acórdão - Desvio de Poder em que o agente visava a outra finalidade pública que não aquela prevista em lei.

---

[4] Gasparini, Diógenes. *Direito Administrativo*, 3 ed., Saraiva, 1993, p. 58.

Apelação Cível nº 64.038 - Paraná, julgada pela 5º Turma do TFR
Apelante: Supermercado Pão de Açúcar S/A
Apelado: União Federal

EMENTA

ADMINISTRATIVO. DESVIO E ABUSO DE PODER. REPETIÇÃO DE MULTA DA CLT PELO FUNCIONAMENTO DE SUPERMERCADO EM DIA DE DOMINGO.

Comete desvio e abuso de poder a autoridade que, à guisa de proteger o direito dos trabalhadores ao descanso semanal remunerado (lei nº 605/49), ordena o fechamento de supermercado em funcionamento no dia de domingo, sob a alegação de que, por não comerciar somente gêneros alimentícios, faria concorrência desleal aos mercados; e, não atendida sua ordem, posta-se à entrada do estabelecimento, a aplicar repetidamente a multa prevista na CLT.

Supermercado Pão de Açúcar interpôs Embargos de devedor ao Executivo Fiscal 3.553, ajuizado pela Fazenda Nacional.

Julga-se a apelação da sentença que entendeu improcedentes os embargos.

As multas foram aplicadas pela DRT, num domingo, a Supermercado que permanecia aberto, com base nos artigos 67 e 68 da CLT, no art. 8º da Lei nº 605/49 e no art. 7º do Decreto nº 27.048, de 12.8.49, **in verbis**:

"Art. 67. Será assegurado a todo empregado um descanso semanal de vinte e quatro horas consecutivas, o qual, salvo motivo de conveniência pública ou necessidade imperiosa do serviço, deverá coincidir com o domingo , no todo ou em parte.

Parágrafo único. Nos serviços que exijam trabalho aos domingos, com exceção quanto aos elencos teatrais, será estabelecida escala de revezamento, mensalmente organizada e constando de quadro sujeito à fiscalização.

Art. 68. O trabalho em domingo, seja total ou parcial, na forma do art. 67, será sempre subordinado à permissão prévia da autoridade competente em matéria de trabalho.

Parágrafo único. A permissão será concedida a título permanente nas atividades que, por sua natureza ou conveniência pública, devem ser exercidas aos domingos, cabendo ao Ministro do Trabalho expedir instruções em que sejam especificadas tais atividades. Nos demais casos, ela será dada de forma transitória, com discriminação do período autorizado, o qual, de cada vez, não excederá de sessenta dias."

Lei nº 605/49

"Art. 8º . Excetuados os casos em que a execução do serviço for imposta pelas

exigências técnicas das empresas, é vedado o trabalho em dias feriados, civis e religiosos, garantida, entretanto, aos empregados a remuneração respectiva, observados os dispositivos dos artigos 6º e 7º desta lei."

Decreto nº 27.048, de 12.8.49

Aprova o Regulamento da Lei nº 605, de 5 de janeiro de 1949, que dispõe sobre o repouso semanal remunerado e o pagamento de salários nos dias feriados, civis e religiosos.

Art. 7º É concedida, em caráter permanente e de acordo com o disposto no § 1º do artigo 6º, permissão para o trabalho nos dias de repouso a que se refere o art. 1º , nas atividades constantes da relação anexa ao presente regulamento.

Relação a que se refere o art.7º

....

II - Comércio

....

15) Feiras livres e mercados, inclusive os transportes inerentes aos mesmos."

Foram aplicadas diversas multas ao supermercado, uma vez que não atendeu voluntariamente a ordem de fechamento. Segundo a DRT, tal procedimento encontra supedâneo no art. 21 do Decreto nº 55.841 (Regulamento da Inspeção do Trabalho), de 15 de março de 1965, **in verbis**:

"Art. 21. Aqueles que violarem as disposições legais , objeto da inspeção do trabalho, ou se mostrarem negligentes na sua aplicação, deixando de atender as advertências, intimações ou sanções da autoridade competente, serão passíveis de reiterada ação fiscal, por parte dos respectivos agentes, que poderá perdurar até o definitivo cumprimento da norma inobservada."

Da leitura do acórdão, verifica-se que, para a DRT, o trabalho ao domingo só está permitido aos mercados e não aos supermercados. Destarte, se os supermercados abrissem aos domingos, estaria caracterizada concorrência desleal aos que comerciam com outros artigos, que não víveres.

O Relator entende que não há distinção de gênero, e sim de grau, entre mercado e supermercado. Logo, caracterizado está o desvio de poder, porque sob a invocação de norma de proteção ao trabalhador buscou-se tutelar a concorrência desleal.

Parece evidente que a permissão para funcionamento de mercados aos domingos decorre da tutela de interesse público superior - a garantia de abastecimento de víveres à população- que se sobrepõe ao direito do trabalhador ao descanso semanal remunerado no domingo. Dessa forma, em face do escasseamento de estabelecimentos similares aos antigos mercados, principalmente nas zonas urbanas, em que a proliferação de supermercados é inconteste, não parece haver espaço para interpretação restritiva que não entenda o supermercado como espécie do gênero mercado. Afinal, na maioria das cidades, pela absoluta ausência de alternativas, seria impossível a compra de víveres que não em

supermercados.

Para nós, portanto, o desvio de finalidade decorreu da interpretação equivocada de dispositivos legais e regulamentares, de modo que, em nome de tutelar-se o descanso semanal aos domingos do trabalhador, resultou subvertida a superior finalidade legal, qual seja, a garantia de abastecimento de víveres à população aos domingos. Afinal, foi esse o objetivo do ordenamento jurídico ao permitir que a autoridade competente autorizasse, em face do interesse público superior e em caráter permanente, o trabalho aos domingos para as atividades consideradas relevantes.

Por outro lado, o abuso de poder está caracterizado pela repetição da penalidade no mesmo dia. Se as autoridades entendiam que o estabelecimento devia ser fechado, poderiam requisitar até força policial, jamais turrar com o administrado, aplicando-lhe sucessivas multas. Veja-se que o abuso de poder situa-se na execução do ato legal ou ilegal.

Desta forma, o TFR deu provimento à apelação para julgar procedentes os embargos, reformando a decisão do juízo a **quo**.8.12 - Análise do 2º acórdão- TJ/SP: rescisão contratual.

2º Acórdão - Desvio de Poder em que o agente visava à finalidade estranha ao interesse público.

Apelação Cível 111.645-2, julgada pela 9º Câmara Cível do TJ-SP
Apelante: Prefeitura Municipal de Vinhedo
Apelado: Gildo Canteli

EMENTA

ATO ADMINISTRATIVO - Contrato de Prestação de Serviços - Rescisão - Pagamento integral da parte final do contrato - inadmissibilidade - desvio de poder - exercício do poder animado por favoritismo e alheio a qualquer interesse público.

A rescisão unilateral do contrato estranhamente transmudou , em 15 dias, a conveniência (para a Prefeitura) da continuidade do contrato, em inconveniência (para o autor). A enormidade do gravame visado - remuneração integral, com indenização plena e direito reconhecido antes do reinício pretendido do novo prazo - só se poderia justificar, eventualmente, por relevantíssimas razões de interesse público, que nunca existiram e nem sequer foram invocadas, pelo contrário, a única justificativa, a posteriori, foi evitar que o autor tivesse que pedir demissão. Caracterizado ficou, assim, o chamado " desvio de poder " ao exercer o então prefeito sua competência para rescindir o vínculo - que ele próprio fizera perdurar no tempo - animado apenas por favoritismo e alheio a qualquer interesse público.

O processo diz respeito a Recurso Oficial (sucumbência de Município) e recurso voluntário de sentença que condenou a apelante em Ação de Cobrança ajuizada pelo apelado.

O ex-Prefeito de Vinhedo assumiu a Prefeitura em 1.2.77. Logo após, assinou contrato, vigente entre 9.2.77 e 31.1.81 (último dia do mandato do Prefeito), entre a Prefeitura e o apelado para a prestação de serviços técnicos de assessoramento econômico-financeiro (dispensa de licitação por notória especialização).O contrato foi prorrogado até

15.2.83, 15 dias após o término do mandato estendido do prefeito (EC 14/80). Criou-se cláusula dispondo que, se até 15.1.83 nenhuma das partes se manifestasse, ocorreria automática prorrogação do contrato por mais 29 meses. Como nenhuma manifestação ocorreu até 15.1.83, o contrato foi automaticamente prorrogado.

No último dia de seu mandato, em 31.1.83, decidiu o ex-Prefeito rescindir a avença e indenizar integralmente o contratado pelo valor correspondente a todas as remunerações mensais que ainda seriam pagas.

Alegou o ex-Prefeito que, como o novo prefeito não iria dar seqüência ao contrato, resolveu ele mesmo extinguir o acordo, porque não seria justo com o economista.

Conclui o Relator que o desvio de poder está caracterizado pela incoerência entre a omissão do Prefeito - não rescindir o contrato - e sua atuação - rescindi-lo com indenização, dentro do escasso prazo de 15 dias, evidenciando o descompasso entre a finalidade pública e o fim objetivo da atuação do Prefeito.

CAPÍTULO IX - O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

9.1 - Conceito

A Lei nº 9.784 versa sobre procedimento administrativo.

> Definição - é uma sucessão itinerária e encadeada de atos normativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo.

Procedimento e Ato Complexo - ato complexo abriga vontades diferentes, que se consorciam a um ato único.

Ex.: Decreto Presidencial - exige-se a assinatura do Presidente e do Ministro de Estado (art. 87, I, CF).

Os atos complexos resultam de fusão de vontades administrativas dirigidas à realização de um único fim => manifestação complexa de vontades.

Nos procedimentos, os atos individuais têm autonomia relativa, tendo cada um, fim distinto da finalidade última do procedimento => manifestação complexa de atos.

9.2 - Requisitos do Procedimento

- Segundo Jesus Gonzales Peres:

a) cada ato da cadeia seqüencial deve ter identidade própria (relativa), apesar de orientado para um resultado final;

b) os atos devem estar conectados em vista da unidade do efeito jurídico que se expressa no ato final;

c) deve haver relação de causalidade entre os vários atos.

9.3 - Importância do Procedimento Administrativo

- É um meio de controle do "iter" de formação das decisões estatais.

- Decorre do aumento da ingerência do Poder Público na sociedade, que passa a interferir nas realidades social e econômica.

- O Estado burguês liberal é inadaptado para cumprir suas obrigações sociais.

- O desenvolvimento tecnológico agravou as limitações à liberdade e à propriedade, exigindo do Estado uma intensa ação reguladora e fiscalizadora.

- Ex.: - limitação ao tráfego rodoviário, ferroviário, aeroviário e espacial;
  - limitação à construção nas cidades etc;

- regulação das comunicações telefônicas, telegráficas, audiovisuais etc.

- O Executivo está melhor aparelhado para produzir normas que se adaptem às mudanças tecnológicas.

- Fortalecimento do Poder Executivo => Medidas Provisórias.

- Resposta natural e adequada para o cidadão contrapor-se ao gigantismo do Estado => participação nos processos administrativos.

- Por meio do processo administrativo, o Estado pode ter acesso à perspectiva do cidadão.

9.4 - Objetivos do Procedimento

- resguarda os administrados;
- permite atuação administrativa mais clarividente.

a) Resguarda os administrados

- Permite que os interesses dos administradores sejam cotejados antes do ato final e não depois.
- Permite que a oportunidade e conveniência do ato final sejam melhor ponderados com a participação do interessado.
- Veja que este aspecto (oportunidade e conveniência) refoge ao controle jurisdicional (a menos de evidente ilegalidade).

b) Permite decisão subsidiada com um nível maior de informação prestada pelo Administrado.

9.5 - Inevitabilidade do Procedimento

lei => Procedimento => ato

- É imprescindível um processo entre a lei e a expedição do ato administrativo.

- O processo está presente em todas as funções estatais. Não é privativo da função jurisdicional. Existe processo legislativo e administrativo.

- O "**due process of law**", de forma ampla, é garantia fundamental do cidadão (art. 5º, LIV e LV).
- LIV - "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".
- LV - "aos litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela

inerentes".

- Due process of law - prefixação dos meios, condições e formas que deverão ser respeitados, para que a Administração Pública possa alcançar seus objetivos.

> CABM: "A contrapartida do progressivo condicionamento da liberdade individual é o progressivo condicionamento do modo de proceder da administração".

- Ex.: A desapropriação de um terreno em nome da função social de propriedade deve ser antecedida de um procedimento justo.

- O processo administrativo deve ser adequadamente documentado para permitir a comprovação da forma pela qual o administrador chegou à decisão tomada.

9.6 - Espécies de Procedimento

- Procedimentos internos e externos

Ex.: - interno: punição de servidores;
- externo: concessão de marcas e patentes.

- Procedimentos restritivos e ampliativos

Ex.: - restritivo: cassação de licença, interdição de fábricas por poluição;
- ampliativo: concessões, licenças, autorizações (geram direitos).

- Procedimentos externos ampliativos

a) iniciativas do próprio interessado. Ex.: instalação de quiosques;
b) iniciativa da Administração. Ex.: licitação de bens.

- Procedimentos restritivos

a) meramente restritivos. Ex.: revogação;
b) sancionadores. Ex.: aplicação de sanção por falta de funcionário

9.7 - Fases do Procedimento

- fase de iniciativa - impulso deflagrador do procedimento;
- fase instrutória - colheita de elementos que subsidiarão a decisão. Ex.: perícias, exames;
- fase dispositiva - decisão da Administração;
- fase controladora - homologação - avaliação da adequação de decisão;
- fase de comunicação - publicação.

9.8 - Princípios do Procedimento

a) Princípios que se aplicam a todos os processos:

a.1) princípio da audiência do interessado - exige-se contraditório - pode ser ouvido diversas vezes;

a.2) princípio da acessibilidade aos elementos do expediente - direito de vista;

a.3) princípio da ampla instrução probatória - direito de produzir e fiscalizar a produção de provas pela administração;

a.4) princípio da motivação - explicitar o fundamento jurídico e o fático da decisão. Permite a revisão judicial (art. 92, X e XI - decisões administrativas dos Tribunais serão motivadas);

a.5) princípio da revisibilidade (art. 5º, LVI) - processo deve conter os meios e os recursos inerentes à ampla defesa. Direito de recorrer;

a.6) direito de ser representado e assistido. Ex.: designar peritos de sua confiança;

a.7) princípio de lealdade e da boa-fé - a Administração Pública deve agir de maneira lhana;

a.8) princípio da verdade material - não deve ficar adstrita ao que as partes demonstraram nos autos.

b) Princípios que não se aplicam necessariamente aos processos que tratem de direitos postulados pelo interessado:

b.1) princípio da oficialidade:

- a movimentação do processo é encargo da Administração;
- daí decorre a irrelevância de prazos preclusivos e de caducidade para as partes;
- entretanto, em procedimento de exclusivo interesse do administrado, pode a Administração Pública encerrá-lo por inércia;
- Ex.: Pedido de alvará - inércia do interessado => encerramento.

b.2) princípio da gratuidade:

- Só é cabível nos processos restritivos de direitos. Nos ampliativos, cabe pagamento de módicas taxas e emolumentos;

c) Não se aplicam aos procedimentos concorrenciais:

c.1) princípio do informalismo (em favor do administrado)

- não valoração das formas;
- instrumentalidade do processo.

9.9 - Fundamentos Constitucionais do Princípio do Procedimento Administrativo

9.9.1 - Contraditório e Ampla Defesa

- art. 5º, LV,CF: (a) audiência;

(b) vista;
(c) ampla instrução probatória;
(d) motivação;
(e) revisibilidade;
(f) assistência.

9.9.2 - Acessibilidade aos Elementos do Expediente

- art.5º, XXXIII, XXXIV, b: - informações em órgãos públicos;
  - certidões em órgãos públicos.
- art. 5º, LXXII => **habeas data.**
- Art. 37, **caput** => publicidade.

9.9.3 - Motivação

- art. 1º, II, § único => cidadania e "todo poder emana do povo..."
- art.5º
  - XXXIII => informações em órgãos públicos.
  - LXXII => **habeas data.**
  - 93, IX e X =>Poder Judiciário, motivação e fundamentação.

9.9.4 - Revisibilidade

- art. 5º, XXXIV, a => direito de petição.
- art. 5º, LV => contraditório e ampla defesa.
- art. 1288 e seguintes do CC => representação e assistência.
- art. 5º Lei 8.906/94 (OAB) => direito de constituir advogado.

9.9.5 - Moralidade

- art.37, **caput -** moralidade => boa fé e lealdade.

9.9.6 - Legalidade

- art.37, **caput.**

9.9.7 - Oficialidade

- art. 2º => Poder Executivo => missão de aplicar a lei de ofício.

9.9.8 - Gratuidade

- art. 5º, LV => ampla defesa.

9.9.9 - Informalismo

- art.1º, II, § único => Requisitos formais não devem impedir a concretização da ações administrativas.

9.10 - Obrigatoriedade de Adoção de Procedimento Administrativo Formalizado

a) Sempre que um interessado provocar manifestações administrativas (art. 5º, XXXIV, direito de petição e de obter certidões);

b) Providência administrativa que envolva privação da liberdade ou de bens (art. 5º, LIV - devido processo legal);

c) Quando houver litígio, controvérsia ou imposição de sanções (art. 5º, LV - ampla defesa);

d) CF quando a Constituição exigir. Ex.: Concurso público (art. 37, II), licitações (art. 37, XXI), concessões (art. 175);

e) previsão em lei ou ato administrativo.

CAPÍTULO X - LICITAÇÃO

10.1 - Conceito e Finalidades

- É um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas.

Fases: a) Edital;
b) Habilitação;
c) Julgamento.

Art. 37, XXI, CF => exigibilidade de licitação para obras, serviços, compras e alienações.

Atributos Constitucionais:
a) igualdade de condições aos concorrentes;
b) manutenção das condições propostas;
c) exigências técnicas e econômicas razoáveis.

Art. 175 => exigibilidade de licitação nas concessões e permissões de serviço público.

- Quer-se a competição entre os concorrentes como corolário do princípio da impessoalidade.

- **Definição** (CABM): "Licitação é o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, convoca, segundo condições estipuladas previamente, interessados na apresentação de propostas a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados."

- **Objetivos**:
a) negócio mais vantajoso;
b) assegurar aos administrados a participação nos negócios governamentais.

- **Interesses envolvidos**:
a) interesse público de gastar menos recursos;
b) respeito à impessoalidade;
c) respeito à probidade administrativa.

10.2 - Legislação sobre Licitação

- União, DF, Municípios e Estados podem legislar.
- União edita normas gerais - art. 22, XXVII.
- Órbita federal: Lei nº 8.666/93, alterada pela Lei nº 8.883/94. A EC nº 19/98 (art. 173, § 1º, III) estabelece que o estatuto jurídico das empresas estatais deve dispor sobre licitação.

- Lei nº 8.666/93 contém normas gerais e particulares; o art. 1º, § único, vincula a Administração Direta e Indireta, fundos, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedade de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Municípios, Estados e DF.

- Normas gerais de licitação e contratos:
  - a) fixam princípios, critérios básicos;
  - b) não podem exaurir o assunto;
  - c) não produzem desigualdades regionais.

10.3 - Princípios de Licitação

- Art. 3º da Lei nº 8.666/93:
  - a) legalidade;
  - b) impessoalidade;
  - c) moralidade;
  - d) igualdade;
  - e) publicidade;
  - f) probidade administrativa;
  - g) vinculação ao instrumento convocatório;
  - h) julgamento objetivo.

- Impessoalidade - não cabem favoritismos.

- Igualdade - as condições estabelecidas não podem discriminar os concorrentes, estabelecendo cláusulas que contenham preferências, limitações desarrazoadas ou que comprometam a competição (art. 3º, § 1º).

- Publicidade:

a) art. 3º, § 3º - a licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento (salvo quanto ao conteúdo das propostas até a respectiva abertura);

b) art. 4º - qualquer cidadão pode acompanhar seu desenvolvimento;

c) art. 15, § 2º e § 6º - preços registrados devem ser publicados na imprensa

oficial a cada 3 meses;

d) art.16 - publicação da relação de todas as compras feitas pela Administração;

e) art. 41, § 1º - faculdade para o cidadão impugnar edital;

f) art. 113, § 1º - representação ao TCU.

- Moralidade - atendimento de padrões éticos => lealdade e boa-fé.

- Vinculação ao Instrumento Convocatório - art. 41 da Lei nº 8.666/93: "A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha vinculada".

- Julgamento Objetivo - não pode haver influxo de subjetivismo (art. 45 da Lei nº 8.666/93).

10.4 - Quem Está Obrigado a Licitar

- Art. 37, **caput** e XXI, CF - pessoas de direito público de capacidade política e suas entidades da Administração Direta, Indireta e Fundacional.
- Art. 1º, § único, da Lei 8.666/93, reafirma isto.
- Art. 119 e § único - Sociedade de Economia Mista, Empresas Públicas editarão regulamentos próprios e ficarão assujeitados às disposições da Lei nº 8.666/93. (Ver art. 173, § 1º, III, da EC nº 19/98.)
- Em alguns casos, a licitação é incompatível com o escopo das sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica.
- Em regra, devem licitar.

10.5 - Pressupostos da Licitação

a) pressuposto lógico - pluralidade de objetos e de ofertantes - licitação não é fim, é meio;

b) pressuposto jurídico - meio apto para travar uma relação jurídica (exceção: dispensa e inexigibilidade);

c) pressuposto fático - existência de interessados em disputá-la.

10.6 - Objeto Licitável, Dispensa e Inexigibilidade

- A licitação é inexigível, se inconcebível sua realização por inviabilidade de competição:

a) quando o objeto é singular;

b) quando só há 1(um) ofertante (art. 25, I, II, III).

- Só se licitam bens:

a) homogêneos;
b) intercambiáveis;
c) equivalentes.

- Bens Singulares
a) em sentido absoluto - Ex.: selo raro;
b) em razão de evento externo - Ex.: espada histórica;
c) em razão da natureza interna - Ex.: obra de arte.

- Serviços Singulares
Ex.: - trabalho de jurista;
- serviço de cirurgião especialista.

- Tais serviços se singularizam por um estilo ou por uma orientação pessoal.
- Não quer dizer que sejam únicos.

- Sistematização legal dos casos excludentes de licitação
a) dispensa (art. 24) - licitação seria possível.
b) inexigibilidade (art. 25) - inviabilidade de licitação.

10.6.1 - Dispensa de Licitação
- Licitação dispensável
- Art. 24:
I) obras e serviços de engenharia de pequeno valor (ver limite para empresas estatais e agências executivas - art. 24, § único);
II) outros serviços e compras de pequeno valor (ver limite para empresas estatais e agências executivas - art. 24, § único);
III) guerra ou grave perturbação de ordem;
IV) emergência ou calamidade pública => Até 180 dias => vedada prorrogação;
V) não puder ser repetida licitação (não aparecem interessados);
VI) intervenção da União no domínio econômico para regular preços ou normalizar abastecimento;
VII) propostas superfaturadas e licitantes em 8 dias não reduzem o preço;
VIII) aquisição, por pessoas de direito público interno, de bens ou serviços produzidos por órgão ou entidade da Administração Pública criado para esse fim específico e preço de mercado;
IX) comprometimento da Segurança Nacional;
X) compra ou locação de imóvel com localização condicionada (avaliação prévia e preço compatível com o mercado);
XI) remanescente de obra, serviço ou fornecimento em conseqüência de rescisão contratual => ordem de classificação e mesmo preço do licitante vencedor;
XII) compra de hortifrutigranjeiros e de gêneros perecíveis pelo preço do dia até a realização de processo licitatório;

XIII) contratação de empresa brasileira incumbida regimentalmente de pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, com inquestionável reputação ético-profissional e sem fins lucrativos;

XIV) aquisição de bens com base em acordo internacional específico;

XV) aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos;

XVI) impressão de diários oficiais, formulários padronizados etc. por órgãos ou entidades da Administração criados para esse fim;

XVII) aquisição de peças durante garantia técnica;

XVIII) abastecimento de navios ou unidades aéreas quando existir possibilidade de comprometimento da movimentação operacional ou em caso de adestramento;

XIX) compra de materiais pelas Forças Armadas para manter a padronização;

XX) contratação de associação de portadores de deficiência física para mão-de-obra;

XXI) aquisição de bens destinados exclusivamente à pesquisa científica com recursos do CAPES, FINEP, CNPq etc.;

XXII) contratação de fornecimento de energia elétrica com concessionário;

XXIII) contratação por empresa estatal de produtos de suas subsidiárias;

XXIV) celebração de contratos de prestação de serviços com organizações sociais.

- Outras hipóteses de dispensa

I - Alienação de bens imóveis (art. 17, I)

Regra geral: interesse público, avaliação, autorização legislativa para Administração direta, autárquica e fundacional e concorrência.

Exceção - licitação dispensada:

a) dação em pagamento;

b) doação, só para órgão ou entidade da Administração Pública;

c) permuta, por outro imóvel cuja localização condicione a escolha;

d) investidura;

e) venda à entidade da Administração Pública;

f) alienação, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de imóveis para programas habitacionais;

II - Alienação de bens móveis (art. 17, II)

Regra geral: interesse público, avaliação e licitação.

Licitação dispensada:

a) doação para fins de uso de interesse social;

b) permuta entre órgãos e entidades da Administração Pública;

c) venda de ações em bolsa;

d) venda de títulos na forma da legislação pertinente;

e) venda de bens produzidos ou comercializados por órgão ou entidade, em virtude de suas finalidades;

f) venda de materiais e equipamentos para outro órgão ou entidade da Administração Pública.

10.6.2 - Inexigibilidade de Licitação

- Quando houver inviabilidade de competição (art. 25) e, em especial:

I) para aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada preferência de marca, exigida comprovação de exclusividade por Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, por entidades equivalentes;

II) serviços técnicos enumerados no art. 13, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização (não aplicável à publicidade ou divulgação);

III) para contratação de profissional de qualquer setor artístico consagrado.

- A enumeração não é exaustiva.

- Sociedade de Economia Mista que explora atividade econômica

- Venda de produtos => licitação é inexigível por falta de pressuposto jurídico (outro bem jurídico prevalece) => - interesse social
- segurança nacional

- Veja art. 17, II, "c" e "e" => licitação dispensada.

- Serviços técnicos da natureza singular

- Art. 25, § 1º => notória especialização => conceito do profissional permite inferir que seu trabalho é essencial e o mais adequado.

- Art. 13 => serviços técnicos profissionais especializados => para haver inexigibilidade, tem de estar caracterizado um serviço de natureza SINGULAR.

O desempenho de tal serviço deve demandar qualificação incomum.

- Justificação de dispensa e de inexigibilidade

- Art. 26 => Justificadas e comunicadas em 3 dias à entidade superior para ratificação e publicação em 5 dias na imprensa oficial (condição de eficácia):

- art. 17, § 2º, § 4º;
- art. 24, inciso III a XXIV;
- art. 25 => inexigibilidade;
- art. 8º, § único => retardamento proibido de obra com previsão orçamentária e financeira.

- Art. 26, § único => o processo será instruído com:

- caracterização de situação emergencial;
- razão da escolha do fornecedor ou do executante;
- justificativa do preço.

- Art. 89 => é crime dispensar ou inexigir licitação fora dos casos previstos em lei.

10.7 - Modalidades de Licitação

- Art. 22 => Modalidades:
  a) concorrência;
  b) tomada de preços;
  c) convite;
  d) concurso;
  e) leilão.

- Art. 22, § 8º => não cabe outra modalidade ou combinação das acima mencionadas.

Concorrência => é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

Tomada de Preços => envolve interessados devidamente cadastrados ou que atenderem às condições exigidas para cadastramento até o 3º dia anterior à data do recebimento das propostas.

Convite => licitação entre interessados no ramo, cadastrados ou não. Número mínimo de 3 (três). Instrumento convocatório afixado em local apropriado. Demais interessados, previamente cadastrados, que manifestarem seu interesse em 24 horas, podem participar.

Concurso => para trabalho técnico, científico ou artístico, mediante instituição de prêmio. Edital prevê antecedência de 45 dias.

Leilão => para venda de bens móveis inservíveis, apreendidos ou penhorados ou imóveis provenientes de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento. (art. 19)

- Convite:
  - novo interessado a cada novo convite (art. 22, § 6º);
  - convite com menos de três convidados deve ser objeto de justificação (art. 22, § 7º);

Art. 23 - limites para cada modalidade.

Art. 23, §§ 1º e 2º - divisão em parcelas (mantida a modalidade de licitação correspondente ao valor global), sem perda da economia de escala, para aumento de competitividade.

Art. 23, § 4º - sempre é cabível adotar modalidade mais complexa.

Art. 23, § 5º - deve-se somar as obras e serviços para determinar a modalidade de licitação => se couber tomada de preços ou concorrência, não pode subdividir em convite ou tomada de preços, respectivamente.

10.7.1 - Divulgação do Instrumento Convocatório

A menos do convite (afixação de cópia do instrumento convocatório em local apropriado), deve haver publicação de aviso com resumo do edital (art. 21, § 1º)

- Publicação com antecedência de t, no mínimo, uma vez.

- Prazo variável (t) - até a apresentação das propostas (concorrência, tomada de preços, convite) ou a realização do evento (concurso e leilão).

Conta-se t a partir da última publicação do edital ou da disponibilidade do edital.

VARIAÇÃO DO PRAZO

PRAZO (t)	MODALIDADE	TIPO / REGIME DE EXECUÇÃO
45 dias	concorrência	empreitada integral melhor técnica melhor técnica e preço
45 dias	concurso	
30 dias	concorrência (demais casos)	
30 dias	tomada de preços	melhor técnica melhor técnica e preço
15 dias	tomada de preços (demais casos)	
15 dias	leilão	
5 dias **úteis**	convite	

- Modificação do Edital => Reabre-se o prazo (art. 21, § 4º).
- Art. 23, § 3º - Concorrência obrigatória:
    - a) compra de bens imóveis;
    - b) alienações de bens imóveis (quando não couber o leilão, previsto no art. 19);
    - c) concessão de direito real de uso;
    - d) licitações internacionais;
    - e) contratos de empreitada integral;
    - f) concessão de obra ou serviço público.

Concurso => julgamento efetuado por comissão especial (art. 51, § 5º).

Leilão => - bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos, desde que o

valor global seja menor que o limite de tomada de preços para compras (art.17, § 6º, c/c art. 22, § 5º);

Leilão => - bens imóveis adquiridos por procedimento judicial ou dado em dação de pagamento (art. 19, III).

- Prazos e formas de publicidade para concorrência, tomada de preços, concurso e leilão:
- art. 21 da Lei nº 8.666/93;
- obra financiada com recursos federais. Aviso com resumo do edital;
- órgãos e entidades federais => 1 vez no DOU;
- órgãos estaduais e municipais => DO Estado ou DF;
- em qualquer caso, em jornal de grande circulação no estado ou município.

10.7.2 - Comparação entre Concorrência, Tomada de Preços e Convite

Modalidades	Participantes	Prazos	Publicação
Concorrência (maior vulto)	quaisquer interessados, observados os requisitos do edital	45 dias - melhor técnica, técnica e preço, empreitada integral 30 dias - demais casos	publicação do edital na imprensa oficial
Tomada de Preços (médio vulto)	todos interessados cadastrados (3 dias para cadastrar, antes do recebimento das propostas)	30 dias - melhor técnica ou técnica e preço. 15 dias - demais casos	publicação do edital na imprensa oficial
Convite (menor vulto)	convidados (até 24 horas antes do recebimento das propostas)	5 dias úteis	fixação em local próprio

- Registros Cadastrais (art. 34). => Validade de 1 ano.
- Documentação exigida para obtenção do certificado de habilitação:
  - a) art. 28 - habilitação jurídica;
  - b) art. 29 - regularidade fiscal;
  - c) art. 30 - qualificação técnica;
  - d) art. 31 - qualificação econômico-financeira.
- Art. 36 e art. 32, § 2º - o registro cadastral substitui os elementos acima enunciados.
- Inscrição em Registro Cadastral => processados e julgados por comissão permanente composta de 3 membros (art. 51).

- Cabe sempre recurso administrativo (art. 109, I, d) (5 dias úteis).

- Crime (art. 98) => dificultar a inscrição em registros cadastrais.

- O registro de preços

Sistema de registro de preços (art. 15, II) - Vencedor de licitação específica tem seus preços registrados de forma a atender muitas vezes a compra desse bem ou serviço.

Condições (art. 15, § 3º):

a) regulamentado por Decreto;
b) aproveitamento de peculiariedades regionais;
c) concorrência;
d) estipulação prévia do sistema de controle e atualização de preço;
e) validade de preços de 1 (um) ano;

A Administração não está obrigada a adquirir pelo sistema de "registro de preços". Pode licitar, mas o beneficiário do registro de preços tem preferência em igualdade de condições (art. 15, § 4º).

- Comissões de Licitação

As licitações são processadas e julgadas por comissão permanente ou especial, composta de pelo menos três membros (2 servidores permanentes) - art. 51.

- Convite => a comissão pode ter um único servidor.

- Investidura de 1 ano => comissão permanente.

- Concurso => comissão especial.

- Todos respondem solidariamente, a menos de posição divergente fundamentada e registrada em ata.

- Licitações de grande vulto e de alta complexidade técnica

- 25 x limite para concorrência (art. 6, V) - obras, serviços e compras de grande vulto.

- Art. 30, § 9º - licitação de alta complexidade técnica => envolve alta especialização.

- Nesses dois casos => a Administração Pública pode exigir dos licitantes, para que aceite ou não, a metodologia de execução - antes da análise de preços (art. 30, § 8º).

- Pode-se adotar, para bens, obras ou serviços de grande vulto, com autorização expressa da maior autoridade => melhor técnica ou técnica e preço em vez de menor preço (art. 46, § 3º).

a) Licitações de imenso vulto = 100 X o limite para concorrência de obras e

serviços de engenharia (art. 39).

b) Licitações simultâneas => objetos similares => (t < 30 dias).

c) Licitações sucessivas => objetos similares => (publicação do edital em prazo inferior a 120 dias, contados do fim do contrato anterior).

- Nas hipóteses **a**, **b** e **c**, cabe audiência pública.
- Audiência pública => (t = 15 dias úteis antes da data de publicação do edital).

10.8 - Procedimento Licitatório e suas Conseqüências

- A licitação é um procedimento que visa à produção de um último ato unilateral (condição para a contratação), que fez nascer um ato bilateral (o contrato).

- Licitação e direito ao subseqüente contrato

- A Administração Pública estará, em princípio, obrigada a contratar.

- Revogação de licitação
    - Motivo supervenieute => pode revogar a licitação (art. 49).
    - Art. 49, § 3º - contraditório e ampla defesa.
    - Direito à indenização pelos gastos => revogação lícita (CABM).
    - Direito à indenização pelos gastos e lucros cessantes => revogação ilícita (CABM).

- Anulação de licitação
    - Art. 49, § 2º - anulação lícita de licitação gera a anulação de contrato.
    - Anulação, em regra, não gera obrigação de indenizar (art. 59, § único).
    - Vício não imputável ao licitante e contratado => indenização do que já foi executado (art. 59, § único).

10.9 - Etapas Interna e Externa de Licitação

Interna
↓
Publicação do Edital
↓
Externa

10.9.1 Etapa Interna

- Requisitos para instauração de licitação
    - Obras e Serviços (art. 7º, § 2º, I a IV):
        - projeto básico aprovado;
        - orçamento detalhado com todos os custos unitários;

- recursos orçamentários previstos;
- previsão no Plano Plurianual.

- Compras (art. 14):
  - caracterização de seu objeto;
  - indicação dos recursos orçamentários.

- Vedações nas licitações

a) vedações cujo descumprimento enseja nulidade e responsabilização (art. 7º, § 6º):

- violação dos requisitos indicados acima (art. 7º, § 2º, I a IV);
- art. 7º, § 3º - inclusão, no objeto da licitação, da obtenção de recursos financeiros (só para concessão);
- art. 7º, § 4º - falta de previsão de quantitativos;
- art. 7º, § 5º - indicação de marcas;

b) não podem participar de licitação, direta ou indiretamente (art. 9º, I e II):

- membro de comissão ou servidor de órgão responsável pela licitação (art. 9º, III);
- os impedidos de licitar (atingidos por sanção administrativa) => suspensão temporária para licitar e contratar => declaração de inidoneidade;
- pessoa (física ou jurídica), autora do projeto básico ou executivo;
- a empresa responsável pelo projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, responsável técnico, subcontratado ou detentor de mais de 5% do capital com direito a voto.

- Obra ou serviço + projeto executivo como encargo pode ser objeto de licitação (art. 9º, § 2º).

- A Administração Pública pode contratar diretamente o autor do projeto como consultor para fiscalização, supervisão ou gerenciamento (art. 9º, § 1º).

10.10 - Fases da Licitação

a) análise das condições dos interessados;
b) análise das propostas.

- Exame dos afluentes à licitação:
  - exame dos sujeitos;
  - exame dos objetos.

Art. 27 - Habilitação nas licitações: exige-se documentação quanto à:

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;
III - qualificação econômico-financeira;
IV - regularidade fiscal.

- Está em jogo a habilitação ou qualificação dos licitantes - os licitantes podem ser desqualificados ou inabilitados.

Exame das propostas:

- desclassificam-se as que estão em desacordo com o edital;
- avaliam-se as propostas => classificação, i. e., ordenação em vista das vantagens que oferecem.

Confirmação do resultado e outorga do objeto:

- processados os recursos (tem efeito suspensivo - art. 109, § 1º);
- homologação - ato pelo qual a autoridade competente confirma ou não a correção jurídica das fases anteriores;
- adjudicação - ato pelo qual o 1º classificado é definido como futuro contratante e convocado para travar o vínculo.

Esquema analítico das fases:

a) edital;
b) habilitação;
c) julgamento com classificação;
d) homologação;
e) adjudicação.

Seqüência procedimental da concorrência (art. 43):

- convocação;
- entrega de envelopes distintos:

a) 1º envelope - habilitação;
b) 2º envelope: - proposta técnica;
- proposta comercial.

Violação de sigilo das propostas - crime (art. 94).

- 1º sessão pública
  - abrem-se os envelopes - documentação (habilitação);
  - ata;
  - recursos;
  - devolvem-se os envelopes-proposta fechados dos desqualificados ou inabilitados.

- 2º sessão pública
  - abrem-se os envelopes-proposta;
  - desclassificam-se os que desatendem o edital;

- classificam-se os demais;
- recursos;

- atos subseqüentes
  - homologação;
  - adjudicação;

10.11 - Edital

- Aviso-Resumo (art. 21) publicado.

- Edital - custo de reprodução gráfica pode ser cobrado a título de taxa (art. 32, § 5º).

- Funções:
  a) dá publicidade;
  b) identifica o objeto;
  c) circunscreve o universo de proponentes;
  d) fixa critérios de análise e avaliação;
  e) regula o processo;
  f) fixa as cláusulas do futuro contrato.

- Edital é lei interna.

- Os elementos do edital estão previstos no art. 40.

- Qualquer cidadão pode impugnar edital (art. 41) até 5 dias antes da abertura dos envelopes de habilitação ou representar ao TCU (art. 113, § 1º).

- Ocorre a decadência do direito de impugnar se não houver recurso até 2 dias úteis antes da abertura dos envelopes de habilitação em concorrência ou envelope de propostas nos demais casos (art. 41, § 2º).

- Vícios mais comuns do edital:
  a) objeto obscuro;
  b) desproporção nos requisitos exigidos dos licitantes;
  c) caráter aleatório dos critérios de avaliação;
  d) procedimentos que inibem a fiscalização pelos licitantes.

10.12 - Habilitação

- Julgamento objetivo (art. 44 e 45).

- No convite não há habilitação.

- A concorrência tem habilitação específica. Na tomada de preços, os licitantes estão previamente cadastrados.

- Qualificação Jurídica (art. 28):
  - a) cédula de identidade;
  - b) registro comercial;
  - c) ato constitutivo;
  - d) inscrição do ato constitutivo;
  - e) decreto de autorização.

- Regularidade Fiscal (art. 29):
  - a) CPF ou CGC;
  - b) cadastro de contribuintes estadual ou municipal;
  - c) regularidade com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal => não é quitação;
  - d) Certidão Negativa da Seguridade Social e FGTS (art. 195, § 3º, CF).

- Habilitação Técnica (art. 30):
  - a) registro na entidade profissional;
  - b) comprovação de capacidade técnico-operacional e de capacidade técnico-profissional.

- Habilitação econômico-financeira (art. 31):
  - a) balanços;
  - b) certidão negativa de falência;
  - c) garantia (caução, seguro-garantia ou fiança bancária) => vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade.

- Certificado de Registro Cadastral - substitui os documentos necessários à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal (art. 32, § 2º, alterado pela Lei nº 9.486/98).

Bens para pronta entrega, convite, concurso - pode haver dispensa de habilitação (art.32, § 1º, e art. 195, § 3º, CF).

Pré-qualificação - objetos complexos - é fora da licitação (art. 114).

Habilitação => não cabe rigorismos inúteis.

Efeitos Jurídicos de Classificação

Ultrapassada a fase de habilitação e abertas as propostas => não cabe desqualificação (art. 43, § 5º) (só por motivos supervenientes).

Vícios de Habilitação:

a) documentação excessiva;
b) índices de capacidade econômica desarrazoados;
c) índices de capacidade técnica e financeira em época diversa daquela em que são necessários. Ex.: atestado válido nos últimos cinco anos.

10.13 - Julgamento

- Desclassificação é a exclusão de proposta desconforme com as exigências - tem que ser fundamentada.

- Requisitos das propostas - sérias, firmes e concretas.

- Ajustadas às condições do edital.

- Art. 44, § 2º: Não se considerará qualquer oferta de vantagem não prevista no edital ou no convite, inclusive financiamentos subsidiados ou a fundo perdido, nem preço ou vantagem baseada nas ofertas dos demais licitantes.

- Pode-se desconsiderar o excesso de propostas.

- Art. 48. Devem ser desclassificadas:

a) propostas que não atendam às exigências do ato convocatório;
b) propostas com valor global superior ao limite estabelecido;
c) propostas inexeqüíveis:
  - art. 44, § 3º => regra geral;
  - art. 48, §§ 1º e 2º => obras e serviços de engenharia.

Todas propostas desclassificadas => 8 dias para apresentarem outras.

Objetividade do julgamento

Art. 45, **caput**, c/c art. 44.

Classificação - ordenação das propostas pela comissão julgadora (3 membros).

Desempate - § 2º, art. 3º e depois sorteio (art. 45, § 2º).

Tipos de licitação (art. 45, § 1º):

a) menor preço;

b) melhor técnica - fixa-se o preço máximo e a valorização técnica mínima. Negociação a partir da melhor proposta técnica e do menor preço oferecido;

c) técnica e preço - média ponderada das notas atribuídas aos fatores técnica e preço;

d) maior lance ou oferta - nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.

10.14 - Pregão

10.14.1 - Conceito:

Art. 2º da MP nº 2.026 – modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns, promovida exclusivamente no âmbito da União, qualquer que seja o valor estimado da contratação, em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública.

10.14.2 - Princípios específicos do pregão:

celeridade;
finalidade;
razoabilidade;
proporcionalidade;
seletividade;
comparação objetiva das propostas.

10.14.3 - Modalidade de licitação

Independe do valor. Prioritária, nos termos do Decreto.

10.14.4 - Bens e serviços comuns

Padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

10.14.5 - Pregão não se aplica a obras e serviços de engenharia, locações imobiliárias e alienações.

10.14.6 - Fases

a) Interna ou preparatória:

justificativa da contratação;

definição do objeto (vedação de especificações que limitem a competição, excessivas, irrelevantes ou desnecessárias);

terno de referência, com elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração;

habilitação e critérios de aceitação das propostas;

orçamento dos bens ou serviços a serem licitados;

designação do pregoeiro;

b) Externa:

convocação dos interessados (publicação no DOU, meios eletrônicos, jornal de grande circulação, nos casos de grande vulto);

prazo para apresentação das propostas é de, no mínimo, oito dias úteis, contado da publicação do aviso de convocação;

sessão pública para o recebimento das propostas. Comprovação de que a pessoa efetivamente detém poderes para representar o licitante;

entrega dos envelopes contendo as propostas e imediata verificação de sua conformidade;

autor da oferta de valor mais baixo e aqueles com oferta até 10% superior ao menor preço podem fazer lances;

não havendo pelo menos três propostas até 10%, os autores das melhores propostas, até o máximo de três, poderão oferecer lances;

julgamento pelo menor preço;

após o término dos lances, verifica-se se o vencedor atende às condições de habilitação;

licitante já cadastrado no SICAF não necessita apresentar os documentos de habilitação;

proposta inaceitável ou desatendidas as condições de habilitação, o pregoeiro examinará as ofertas subseqüentes e a qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, sucessivamente;

possibilidade de negociação do pregoeiro para obter o melhor preço.

10.14.7 - Pregoeiro

O pregoeiro será servidor do órgão ou entidade.

Principais atribuições:

recebimento das propostas e lances;
análise da conformidade da proposta;
classificação da proposta;
exame da habilitação;
adjudicação do objeto ao vencedor;
recebimento, exame e decisão dos recursos.

10.14.8 - Recurso

Características:

não tem efeito suspensivo (Decreto);

qualquer licitante pode manifestar a intenção de recorrer, logo após a declaração do vencedor;

prazo de três dias para apresentação do recurso. Mesmo prazo para os demais licitantes apresentarem contra-razões;

acolhimento do recurso invalida apenas os atos insuscetíveis de

aproveitamento;

decididos os recursos, há adjudicação e posterior homologação da licitação.

10.14.9 - Vedações

São vedados aos pregão:

garantia da proposta;

aquisição do edital como condição para participação no certame;

pagamento de taxas e emolumentos.

10.14.10 - Prazo de validade da proposta de sessenta dias, podendo ser alterado pelo edital.

10.14.11 - Possibilidade de impugnação do ato convocatório, solicitação de esclarecimentos ou providências, até dois dias úteis antes da data fixada.

XI - CONTRATO ADMINISTRATIVO

11.1 - Introdução

- Traços do contrato de natureza civil:
  - consensualidade;
  - autoridade de seus termos.

- Espécies de contratos travados pela Administração:
  - contratos de Direito Privado da Administração. Ex.: locação de uma casa, compra e venda de um imóvel;
  - "contratos administrativos". Ex.: concessão de serviço público, contrato de obra pública, concessão de uso de bem público.

- Os "contratos administrativos" são regidos pelo Direito Administrativo.

- Peculiariedades do contrato administrativo
  - Possibilidade de a administração:
    - a) alterar unilateralmente o ajuste;
    - b) extinguir unilateralmente o vínculo.
  - São as chamadas cláusulas exorbitantes, implícitas ou explícitas.

11.2 - Contrato Administrativo na Doutrina Francesa

- Característica básica: a possibilidade de a Administração instabilizar o vínculo, em decorrência da supremacia do interesse público.

- Características do contrato administrativo:
  - existência de cláusulas exorbitantes;
  - presunção da legitimidade do ato;
  - controle e fiscalização;
  - imposição de sanções;
  - impossibilidade de o contratado argüir **a exceptio non adimpleti contractus** (exceção de contrato não cumprido).

- Requisitos caracterizadores do contrato administrativo:
  - receber tal qualificação por lei; ou
  - ter por objeto a execução de um serviço público; ou
  - conter cláusulas exorbitantes.

11.3 - Contrato Administrativo na Doutrina Brasileira

a) poderes de instabilização decorrem da lei e do contrato; ou
b) poderes de instabilização estão implícitos (Ex.: concessão de serviço público).

- Os contratos que tenham por objeto a prestação de serviço público ou o uso de bens públicos devem conter cláusulas tipicamente contratuais, no que se refere ao preço. Tais cláusulas decorrem da vontade de ambas as partes. Nos outros aspectos, o que há são atos unilaterais da Administração Pública decorrentes da supremacia do interesse público sobre o privado.

- Caracterização do contrato administrativo:
a) por força da lei;
b) pela existência de cláusulas exorbitantes;
c) em face de o objeto de relação jurídica constituir bem ou serviço público.

11.4 - Conceito de Contrato Administrativo

(CABM): "É um tipo de avença travada entre a AP e terceiro na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado."

Principais contratos:
a) concessão de serviço público;
b) concessão de obra pública;
c) concessão de uso de domínio público.

11.5 - Características do Chamado "Contrato Administrativo"

- Direito ao equilíbrio econômico-financeiro.
- Integral proteção quanto às aspirações econômicas que ditaram seu ingresso no vínculo.

A Lógica do contrato administrativo

Poderes de Administração Pública derivam do interesse público
X
Proteção ao interesse privado (parte econômica)

- A proteção à equação financeira do contrato serve para contrabalançar os poderes que a Administração Pública tem de instabilizar o vínculo contratual.

<u>11.6 - Contrato Administrativo no Direito Positivo Brasileiro</u>

- Normas gerais competem à União (art. 22, XXVII).

- Normas gerais e particulares da esfera federal estão contidas na Lei nº 8.666/93.

- Art. 58 da Lei nº 8.666/93 - enuncia as cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos. Cabe à Administração:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III - fiscalizar-lhes a execução;

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

- Cláusulas que garantem ao administrado o equilíbrio econômico-financeiro:

- Art. 58, § 1º - As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

- Art. 58, § 2º - Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

- Art. 37, XXI, CF, reza que os contratos administrativos devam conter cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamentos, mantidas as condições da proposta.

- O equilíbrio econômico-financeiro é direito adquirido do contratado.

11.6.1 - <u>Alteração Unilateral do Contrato (art. 65, I)</u>

- É cabível:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação aos seus objetivos;

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei.

- Limitações quanto às variações quantitativas (art. 65, § 1º):

- obras, serviços e compras: acréscimos ou supressões de até 25% do valor inicial atualizado do contrato;

- reformas de edifício ou equipamento: acréscimos ou supressões de até 50% do valor inicial atualizado do contrato.

11.6.2 - <u>Alteração Bilateral do Contrato (art. 65, II)</u>

- É cabível nas seguintes hipóteses:

a) substituição de garantia;

b) modificação do regime de execução da obra ou serviço e do modo de fornecimento por verificação técnica de da inaplicabilidade dos termos contratuais;

c) modificação da forma de pagamento (vedada a antecipação do pagamento);

d) restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro no caso de superveniência de "fatos imprevisíveis" ou "previsíveis, porém de conseqüências incalculáveis", força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, que configurem álea econômica extraordinária e extracontratual.

- A Lei não diz, mas CABM entende que as variações quantitativas superiores a 50% (reforma de edifícios e equipamentos) e 25% (outros casos) podem ser acordadas pelas partes, ocorrendo dificuldades naturais insuspeitáveis. Ex.: terreno com perfil geológico distinto do que constava dos laudos ou descoberta de lençol freático insuspeitável.

11.6.3 - Extinção Unilateral do Contrato (art. 58, II, c/c art. 79, I)

- Só ocorre nos casos previstos em lei.

- Deverá ser motivada, assegurado o contraditório e a ampla defesa.

- Duas hipóteses básicas:

a) razões de interesse público, sem falta do contratado (art. 78, XII);

b) por falta do contratado:

- não-cumprimento, cumprimento irregular e lentidão do cumprimento de cláusulas contratuais (art. 78, I,II, III);

- atraso do início da obra, serviço ou fornecimento (art. 78, IV);

- paralisação de obra, serviço ou fornecimento (art. 78, V);

- subcontratação, cessão, transferência, cisão ou incorporação não prevista no edital (art. 78, VI);

- desatendimento de determinações de autoridade incumbida da fiscalização (art. 78, VII);

- cometimento reiterado de faltas na execução (art. 78, VIII);

- decretação de falência ou insolvência civil (art. 78, IX);

- dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado (art. 78, X);

- alteração social que prejudique a execução do contrato (art. 78, XI).

11.6.4 - Outras Hipóteses de Extinção (art. 79, II e III)

- Mútuo acordo - desde que haja conveniência para a Administração.

- Via judicial - a requerimento de uma das partes.

11.6.5 - Exceção de Contrato não Cumprido (**exceptio non adimpleti contractus**)

- A regra geral no Direito Administrativo é a inoponibilidade contra a

Administração da "exceção do contrato não cumprido", ou seja, da cláusula que estabelece que uma parte pode suspender o cumprimento de suas obrigações, tendo em vista o inadimplemento da outra parte.

- A razão é a obediência ao princípio de "continuidade do serviço público".

- Entretanto, a Lei nº 8.666/93 arrola duas situações em que ao contratado é lícito valer-se da "exceção do contrato não cumprido". São elas:

- ordem escrita da Administração para suspensão de execução do contratos por mais de 120 dias (art. 78, XIV);

- atraso superior a 90 dias dos pagamentos devidos pela Administração.

- O administrado pode postular judicialmente a rescisão contratual nas seguintes hipóteses (art. 78, XIII e XVI):

- supressão de obras, serviços ou compras superiores aos limites do art. 65, § 1º;

- não liberação da área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento.

11.6.6 - Prazo e Prorrogação dos Contratos

- Art. 57 - Regra geral: a duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários. Exceções:

a) projetos previstos no Plano Plurianual (art. 57, I, e art. 167, § 1º, CF);

b) prestação contínua de serviços, que poderão chegar a 60 meses, admitindo-se excepcionalmente prorrogação de mais 12 meses (art. 57, II, c/c § 4º, com a redação da Lei nº 9.648/98);

c) aluguel de equipamentos e utilização de programas de informática, admitindo-se prazo máximo de 48 meses.

- São admitidas prorrogações nos prazos de conclusão e entrega, desde que ocorra (art. 57, § 1º):

a) alteração do projeto ou especificações;

b) superveniência de fato excepcional ou imprevisível;

c) interrupção ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem da Administração;

d) aumento das quantidades previstas;

e) impedimento de execução por fato ou ato de terceiro;

f) omissão ou atraso de providências a cargo da Administração.

11.6.7 - Formalidades do Contrato Administrativo

- Os contratos administrativos e os regidos predominantemente pelo direito privado (em que a Administração ocupa um dos pólos da relação) são formais (art. 62, § 3º).

- Formalidades essenciais:

- prévia licitação;

- inclusão de cláusulas obrigatórias (art. 55).

- Não cabe contrato verbal, a menos de pequenas compras de pronto pagamento.

- A administração pode exigir garantia (caução em dinheiro, fiança bancária ou seguro-garantia) de até 5% do valor do contrato. Para obras, serviço e fornecimento de grande vulto, a garantia pode ser de até 10%.

- Todo contrato deve conter os nomes das partes, a finalidade, o ato autorizativo, o número do processo da licitação, da dispensa ou da inexigibilidade, a sujeição dos contratantes às normas da Lei nº 8.666/93 e às cláusulas contratuais (art. 61).

- Publicação resumida do instrumento do contrato na imprensa oficial é condição de eficácia.

- Instrumento do contrato é obrigatório em concorrência e tomada de preços e facultativa nos demais (carta-convite, empenho de despesa, autorização de compra etc.)

Os contratos administrativos são lavrados nas repartições interessadas, salvo os relativos a direitos reais sobre imóveis (cartório de notas) (art. 60).

11.6.8 - Sanções Administrativas e Penais

- Sanções administrativas

- Recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato significa inadimplemento e o sujeita às penalidades cabíveis.

- Art. 87 - Pela inexecução total ou parcial do contrato, cabem:

a) advertência;

b) multa;

c) suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar, por até 2 anos;

d) declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública (competência do Ministro de Estado).

- Cabe reabilitação da sanção prevista na alínea "d" (art. 87, IV) => após 2 anos + ressarcimento ou enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição..

- Sanções penais

Arts. 89 a 99 elencam os crimes:

a) dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses legais;

b) frustrar ou fraudar o caráter competitivo da licitação;

c) patrocinar interesse privado perante a Administração;

d) alterar contrato em favor do adjudicatário;

e) perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato da licitação;

f) devassar sigilo das propostas;

g) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça ou fraude;

h) fraudar licitação para aquisição ou venda de bens ou mercadorias;

i) contratar profissional inidôneo;

j) obstar a inscrição de interessado nos registros cadastrais.

11.6.9 - O Equilíbrio Econômico-Financeiro do Contrato

- Os contratos administrativos são mutáveis.

- Como o contrato administrativo é essencialmente dinâmico (ele pode e deve

sofrer alterações em função do interesse público), elaborou-se a teoria do equilíbrio econômico do contrato administrativo para compensar a insegurança do contratado.

- Tipos de áleas ou riscos para o particular:

a) álea ordinária ou empresarial: risco relativo à atividade comercial ou empresarial, que depende de flutuação no mercado => o particular responde;

b) álea administrativa:

b.1) alteração unilateral: na forma da lei, para atender o interesse público (art. 65, I, § 6º) => responde a Administração (responsabilidade contratual);

b.2) fato do príncipe: ato da autoridade não relacionada com o contrato, mas que repercute indiretamente no contrato (responsabilidade extracontratual). Ex.: tributo sobre matérias primas;

b.3) fato da Administração: "toda conduta ou comportamento deste que torne impossível, para o contratante particular, a execução do contrato => responde a Administração (art. 78, XV e XVI). Ex.: a paralisação de pagamento e a não-liberação da área para execução do contrato;

c) álea econômica: circunstâncias externas ao contrato, estranhas à vontade das partes, imprevisíveis, excepcionais, que causem desequilíbrio muito grande no contrato => aplicação da Teoria da Imprevisão => em princípio, repartem-se os prejuízos. (visão tradicional) => modernamente a Administração responde.

11.6.10 - Teoria da Imprevisão

- Fundamento: circunstâncias externas imprevisíveis, que tornem o contrato muito oneroso para uma das partes, devem permitir a revisão do contrato - cláusula **rebus sic stantibus**.

- Choque entre os princípios: **pacta sunt servanda** (os pactos devem ser cumpridos) X **rebus sic stantibus**.

- Cláusula surgiu na Idade Média. Foi reafirmada no âmbito do Direito Administrativo pelo Conselho de Estado francês. O aumento do preço de carvão, em virtude da guerra, impossibilitou à Companhia de Gás de Bordeaux (1916), concessionária de gás, prosseguir a sua exploração. O Conselho de Estado permitiu a revisão das tarifas.

- Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que a Teoria da Imprevisão, roupagem nova da cláusula **rebus sic stantibus**, ao revés de partilha de prejuízos, impõe à Administração a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

- Art. 65, II, d, faz menção às hipóteses que tratam a Teoria da Imprevisão e que aludem à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

- Requisitos para a aplicação da Teoria da Imprevisão:

a) fato imprevisível quanto à sua ocorrência ou quanto às suas conseqüências;

b) fato estranho à vontade das partes;

c) fato inevitável;

d) causa de desequilíbrio muito grande do contrato.

- Álea Econômica X Força Maior - Na força maior, há impossibilidade absoluta de dar prosseguimento do contrato. O art. 78, XVII, elenca a força maior e o caso fortuito como

causas para rescisão contratual.

- O art. 79, § 2º, deixa claro que, no caso de força maior ou de rescisão por interesse público, sem que haja culpa do administrado, cabe ressarcimento dos prejuízos regularmente comprovados => danos emergentes (não há pagamentos pelos lucros cessantes).

CAPÍTULO XII - SERVIDORES PÚBLICOS

A espécie "servidores públicos" pertence ao gênero dos agentes públicos, ou seja, todo servidor público é agente público, mas a recíproca não é verdadeira, até porque a expressão "agentes públicos" é mais ampla e engloba outras espécies, como agentes políticos e particulares em colaboração com o Poder Público.

12.1 - Agentes Públicos

Entende-se por "agente público" todo aquele que desempenha função estatal. Daí por que abarca os que desempenham atividade no âmbito do Poder Executivo (federal, estadual e municipal), do Poder Legislativo (federal, estadual e municipal) e do Poder Judiciário (federal e estadual), os ocupantes de cargos ou empregos públicos da Administração Pública dos Três Poderes, das autarquias e fundações governamentais, das sociedades de economia mista, das empresas públicas, os concessionários e permissionários de serviço público, os requisitados, os delegados de função ou ofício público, os gestores de negócio público, os contratados por locação civil de serviços.

Pode-se também classificá-los da seguinte forma:

a) os que integram o aparelho estatal: administração direta e indireta;

b) os que não integram o aparelho estatal: concessionários, permissionários, delegados de função ou ofício público, requisitados, gestor de negócio público, contratado por locação civil de serviços.

O elemento objetivo que caracteriza os agentes públicos é a natureza estatal da atividade. Ao passo que o elemento subjetivo caracterizador é a investidura, pois há de se observar a regular ocupação do cargo ou função pública.

A Constituição Federal estabelece que os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do poder público (art. 236).

A noção de agente público serve para abranger todos os sujeitos apontados na Lei nº 4.898, de 9.12.65 (regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal nos casos de abuso de autoridade). Alcança esta Lei "quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração".

Também a Lei nº 8.249, de 2.6.92, (improbidade administrativa) alcança quem exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função na, a Administração direta, indireta ou fundacional, empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita atual.

12.2 - Classificação dos Agentes Públicos

Classificam-se os agentes públicos em:

a) agentes políticos;

b) servidores públicos;

c) particulares em atuação colaboradora com o Poder Público.

12.2.1 - Agentes Políticos

Esses agentes formam a vontade superior do Estado. Deve-se mencionar que a cúpula desses agentes é formada por pessoas investidas em mandato por meio de sufrágio universal, ou seja: Presidente da República, governadores, prefeitos, senadores, deputados (federais, estaduais e distritais) e vereadores. Não se pode deixar de incluir entre esses agentes os auxiliares imediatos dos chefes dos executivos (ministros e secretários).

O vínculo estabelecido com esses agentes não é de natureza profissional, mas sim de natureza política, e deriva da Constituição Federal, das constituições estaduais, leis orgânicas (municipais e do Distrito Federal) e outras leis, as quais estabelecem a relação jurídica entre eles e a Administração Pública. A relação jurídica não advém, portanto, de contrato, mas sim dos institutos retromencionados.

12.2.2 - Servidores Públicos

São servidores públicos aqueles que têm relação de trabalho com o Estado de natureza profissional e não-eventual, sob vínculo de dependência:

a) servidores públicos, que são titulares de cargos públicos;

b) empregados da administração indireta.

A relação jurídica existente entre os servidores e o Estado é de natureza institucional, decorrendo da Constituição e das leis, somente podendo ser alterada, então, em virtude destas.

Para Maria Sylvia Zanela Di Pietro, incluem-se no gênero também os servidores temporários, que devem atender à necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX, CF e Lei nº 8.745/93).

12.2.3 - Particulares em Colaboração com a Administração

Nesse grupo encontram-se os agentes públicos que, sem deixar a condição de particulares, prestam serviço público, ainda que em caráter episódico.

São classificados em:

a) requisitados: exercem um **munus** público (jurados, membros de mesa eleitoral);

b) gestores de negócios públicos: assumem a gestão da coisa pública;

c) contratados por locação civil de serviços (grandes advogados para defesa oral);

d) concessionários e permissionários, delegados de função ou ofício público (notários, tabeliães).

12.3 - Servidores Públicos na Constituição

12.3.1- Conceito

"*Os servidores públicos constituem subespécie dos agentes públicos administrativos, categoria que abrange a grande massa de prestadores de serviços à Administração e a eles vinculados por relações profissionais, em razão de investidura em cargos e funções, a título de emprego e com retribuição pecuniária*". (Hely Lopes Meirelles)

"*Servidor público, como se pode depreender da Lei Maior, é a designação genérica ali utilizada para englobar, de modo abrangente, todos aqueles que mantêm vínculos de trabalho profissional com as entidades governamentais, integrados em cargos ou empregos de quaisquer delas: União, Estados, Distrito Federal, Municípios e respectivas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista ou fundações*". (Celso Antônio Bandeira de Mello)

Pode-se entender como servidores públicos todos aqueles que mantêm vínculo de trabalho profissional, de natureza não militar, com as entidades governamentais, ocupando cargos ou empregos na União, DF, Estados, Municípios, autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Deve-se mencionar que, com o advento da Emenda Constitucional nº 18, de 5.2.1998, foi retirada da Lei Maior a expressão "Dos Servidores Públicos Militares", deixando de ser espécie do gênero "Servidor Público". A mesma Emenda Constitucional alterou a epígrafe do art. 39 de "Dos Servidores Públicos Civis" para "Dos Servidores Públicos".

12.4 – Cargos, Empregos e Funções Públicos

12.4.1 - Cargos Públicos

"*Cargo público é o lugar instituído na organização do serviço público, com denominação própria, atribuição e responsabilidades específicas e estipêndio correspondente, para ser provido e exercido por um titular, na forma estabelecida em lei.*" (Hely Lopes Meirelles)

Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor (Lei nº 8112/90)

Também pode ser entendido que cargos públicos são simples e indivisíveis unidades de competência a serem expressadas por um agente, previstas em número certo, com denominação própria, retribuídas por pessoas jurídicas de direito público e criadas por lei. (No Poder Legislativo, a criação se dá por Resolução, conforme arts. 51, IV, e 52, XIII).

São características dos cargos públicos:

a) acesso a todos os brasileiros (com a exceção do art. 12, § 3º da CF, adiante mencionado);

b) criação por lei;

c) denominação própria;

d) vencimento pago pelos cofres públicos;

e) provimento em caráter efetivo ou em comissão;

Os cargos públicos submetem-se ao regime estatutário. Não há mais Regime Jurídico Único (ver art. 39, CF, alterado pela EC nº 19/98).

12.4.2 - Empregos Públicos

"Empregos públicos são núcleos de encargos de trabalho a serem preenchidos por agentes contratados para desempenhá-los, sob relação trabalhista." (Celso Antônio Bandeira de Mello)

Caracterizam-se os empregos públicos por serem regidos pela Consolidação da Leis Trabalhistas (CLT) e pelas normas de direito público.

Nada impede que ente federado acolha o regime celetista como regime jurídico de seus servidores.

Mencionem-se as obras doutrinárias dos que entendem existir incompatibilidade entre a natureza da função pública e o regime celetista.

12.4.3 – Funções Públicas

"*Função é a atribuição ou o conjunto de atribuições que a Administração confere a cada categoria profissional ou comete individualmente a determinados servidores para a execução de serviços eventuais, sendo comumente remunerada através de pro labore. Diferencia-se, basicamente, do cargo em comissão pelo fato de não titularizar cargo público.*" (Hely Lopes Meirelles)

12.5 - Relação Jurídica entre Titulares de Cargos e o Poder Público

Não há falar em direito adquirido ao regime estatutário e às vantagens habituais. Dessa forma, ante a alteração de dispositivo legal, não poderá o servidor argüir direito adquirido referente a condição que não se aperfeiçoou.

Devem ser diferenciados dos institutos:

a) expectativa de direito: consiste em um direito que se encontra na iminência de ocorrer, mas que não produz os efeitos do direito adquirido. Ex.: o direito a anuênio foi convertido em direito a qüinqüênio (já extinto). Não tendo completado o período aquisitivo do direito (1 ano), não há falar em direito adquirido;

b) direito expectado: o servidor já preencheu todos os requisitos para a aquisição do direito, mas, por discricionariedade, ainda não o exerceu. Nesse caso, deve ser respeitado o direito adquirido. Ex.: o servidor completou o tempo necessário para aposentação em 30.3.2000, mas, por motivos diversos, não ingressou com o pedido de aposentadoria. Em 15.4.2000, uma emenda constitucional altera as regras de aposentação. Nesse caso, como já mencionado, o servidor tem o direito adquirido de aposentar-se de acordo com as regras vigentes ao tempo da implementação de todos os requisitos da aposentadoria.

<u>12.6 - Relação Jurídica entre Ocupantes de Emprego e Entidades Governamentais</u>

Como já mencionado, a diferença básica entre o ocupante de cargo público e o ocupante de emprego público consiste no fato de este ser regido pela CLT.

<u>12.7 - Objeto das Normas Constitucionais sobre Servidores</u>

A Constituição Federal impõe normas que têm o objetivo de controlar os gastos com pessoal e de regulamentar o regime estatutário dos servidores públicos.

<u>12.8 - Normas de Contenção de Despesas</u>

12.8.1 - <u>Limite Global de Despesas com Pessoal</u>

O art. 169 da CF estabelece que a despesa com pessoal ativo e inativo não pode exceder os limites definidos em lei complementar. Atualmente, esse artigo da Constituição é regulamentado pelo art. 19 da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), que fixou os percentuais abaixo discriminados da receita corrente líquida para gastos com pessoal:

a) União: 50% (cinqüenta por cento);
b) Estados: 60% (sessenta por cento);
c) Municípios: 60% (sessenta por cento).

Dada a relevância do assunto, transcrevo a seguir o art. 19 da Lei Complementar nº 101/2000:

"Art. 19. Para os fins do disposto no *caput* do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados:

I - União: 50% (cinqüenta por cento);
II - Estados: 60% (sessenta por cento);
III - Municípios: 60% (sessenta por cento).

§ 1º Na verificação do atendimento dos limites definidos neste artigo, não serão computadas as despesas:

I - de indenização por demissão de servidores ou empregados;
II - relativas a incentivos à demissão voluntária;
III - derivadas da aplicação do disposto no inciso II do § 6º do art. 57 da Constituição;
IV - decorrentes de decisão judicial e da competência de período anterior ao da apuração a que se refere o § 2º do art. 18;

V - com pessoal, do Distrito Federal e dos Estados do Amapá e Roraima, custeadas com recursos transferidos pela União na forma dos incisos XIII e XIV do art. 21 da Constituição e do art. 31 da Emenda Constitucional nº 19;

VI - com inativos, ainda que por intermédio de fundo específico, custeadas por recursos provenientes:

a) da arrecadação de contribuições dos segurados;

b) da compensação financeira de que trata o § 9º do art. 201 da Constituição;

c) das demais receitas diretamente arrecadadas por fundo vinculado a tal finalidade, inclusive o produto da alienação de bens, direitos e ativos, bem como seu superávit financeiro.

§ 2º Observado o disposto no inciso IV do § 1º, as despesas com pessoal decorrentes de sentenças judiciais serão incluídas no limite do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20."

12.8.2 - Previsão Orçamentária e na LDO

A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas:

a) se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

b) se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista (art. 169, § 1º).

12.8.3 - Limite de Remuneração e de Subsídios e Relação entre a Máxima e a Mínima Remuneração

Com o advento da EC nº 19/1998, foi criada mais uma forma de recebimento dos cofres públicos: subsídio. Assim, existem duas formas de recebimento dos cofres públicos em virtude da prestação laboral: remuneração e subsídio.

A remuneração consiste na percepção de uma parte fixa e outra variável e se refere à grande maioria dos servidores públicos.

Já o subsídio, fixado em parcela única, consiste na remuneração destinada a membro de Poder, detentor de mandato eletivo, Ministros do Supremo Tribunal Federal, Ministros de Estado, Secretários Estaduais e Municipais, policiais, defensores públicos, advogados públicos, sendo vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, observado, em qualquer caso, o limite pago ao Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Para os fins do inciso XII do art. 37 da Constituição Federal (XII - os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos

pelo Poder Executivo), o maior valor de vencimentos corresponderá, no Poder Executivo, a no máximo 80% (oitenta por cento) da remuneração devida a Ministro de Estado. (art. 2º da Lei nº 8.852/94 e art. 10 da Lei nº 9624/98).

> A remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. O teto vale para a soma de espécies distintas de remuneração e para vantagens pessoais (art. 37, XI, CF).
>
> O art. 18 da Lei nº 9.624/98 estabelece que a relação entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos não poderá exceder o fator correspondente a vinte e cinco vírgula seiscentos e quarenta e um.
>
> A relação entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, observado o teto estabelecido pelo art. 37, XI, CF, será estabelecido por lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 39, § 5º, CF).
>
> Nenhum servidor poderá perceber, mensalmente, a título de remuneração, importância superior à soma dos valores percebidos como remuneração, em espécie, a qualquer título, no âmbito dos respectivos Poderes, pelos Ministros de Estado, por membros do Congresso Nacional e Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 42, Lei nº 8.112/90).

O STF entende que o sistema de subsídio e o próprio teto são ineficazes, uma vez que ainda não foi votada lei que especifica o teto (art. 48, XV, CF), que deve fixar o subsídio do Ministro do STF. Dessa forma, enquanto perdurar essa situação, assim ficaram estabelecidos os limites de remuneração nos Poderes, fixados na Lei nº 8.112/90:

a) limite do Executivo: Ministro de Estado;
b) limite do Legislativo: Membro do CN;
c) limite do Judiciário: Ministro STF.

12.8.4 - Vencimentos do Executivo como Paradigmas para Legislativo e Judiciário

O art. 37, XII, CF, estabeleceu a isonomia entre os cargos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ao estabelecer que os vencimentos dos cargos do Legislativo e do Judiciário não poderão ser superiores aos do Executivo.

12.8.5 - Proibição de Vinculação de Vencimentos

É vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público (art. 37, XIII, CF).

12.8.6 - Cálculo de Acréscimos Pecuniários

Os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores (art. 37, XIV, CF).

12.8.7 - Uniformidade de Data para Aumento do Pessoal Civil

A remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices (art. 37, X, CF, alterado pela EC nº 19/98).

Dessa forma, a remuneração e o subsídios devem ser fixados por lei específica, assegurando-se revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices.

12.8.8 - Exigência de Lei para Criação de Cargos e Empregos na Administração Direta e Autárquica e para Aumento de Remuneração

Inicialmente, deve-se mencionar que é de iniciativa privativa do Presidente da República lei que disponha sobre criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta autárquica ou aumento de sua remuneração (art. 61, § 1º, II, a, CF).

A remuneração e os subsídios somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, assegurada revisão geral anual (art. 37, X, CF).

No âmbito do Poder Legislativo, competirá à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal a criação, a transformação ou a extinção de seus cargos e a iniciativa de lei para a fixação das respectivas remunerações (art. 51, IV, CF, e 52, XIII, CF).

Já na esfera do Poder Judiciário, compete ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça a iniciativa de lei para criação, extinção dos cargos e a remuneração dos serviços auxiliares e juízos que lhes forem vinculados. (art. 96, II, b, CF).

12.9 - Normas Constitucionais sobre o Regime Jurídico em Geral da Totalidade dos Servidores Públicos

12.9.1 - Exigência de Concurso Público

De acordo com o art. 37, I, CF, os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei.

Em que pese esse título referir-se à Constituição Federal, deve-se registrar que, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, os órgãos da Administração Federal direta, as autarquias e as fundações públicas poderão efetuar contratação de pessoal por tempo determinado, nas condições e prazos previstos na Lei. Considera-se necessidade temporária de excepcional interesse

público a admissão de professor e pesquisador visitante estrangeiro (arts. 1º, 2º, V, da Lei nº 8.745/1993).

A investidura em cargo ou emprego público depende da aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração (**ad nutum**).

É vedada a transposição de cargos.

Brasileiros natos ou naturalizados sem distinção e estrangeiros, na forma da lei, podem assumir cargos públicos, exceto os cargos elencados no art.12, § 3º, que são privativos de brasileiros natos, quais sejam: Presidente da República, Presidente da Câmara dos Deputados, Presidente do Senado Federal, Ministro do Supremo Tribunal Federal, carreira diplomática, oficial das Forças Armadas e Ministro de Estado da Defesa (art.12, § 3º, CF, alterado pela EC 23/99).

Para ocupação de cargo público, não pode haver discriminação de sexo, idade, cor ou estado civil (art. 7º , XXX). Entretanto, pode a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir (art. 39, § 3º, incluído pela EC nº 19/98).

O prazo de validade do concurso público será de até 2 anos, prorrogável uma vez, por igual período (art. 37, III, CF, c/c art. 12 da Lei nº 8.112/90).

As estatais, as sociedades de economia mista e as empresas públicas, para acesso a seus cargos, devem observar o requisito do concurso público previsto para os cargos efetivos da Administração.

Entretanto, deve ser registrado que as estatais constituídas para exploração de atividades econômicas não estão isentas de concurso público, ressalvado quando "*disporão de liberdade para contratar diretamente seus empregados nas hipóteses em que (a) a adoção de concurso público tolheria a possibilidade de atraírem e captarem profissionais especializados que o mercado absorve com grande presteza e interesse ou (b) nos casos em que o recurso a tal procedimento bloquearia o desenvolvimento de suas normais atividades no setor*". (Celso Antônio Bandeira de Melo)

12.9.2 - Contratação Excepcional sem Concurso

O art. 37, IX, CF, prevê que a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público.

A Lei nº 8.745/93 estabelece os casos e condições dessa contratação. Prevê o art. 2º da mencionada Lei o que é considerado necessidade temporária de excepcional interesse público:

a) assistência a situações de calamidade pública;

b) combate a surtos endêmicos;

c) realização de recenseamentos e outras pesquisas de natureza estatística efetuadas pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE *(redação dada pela Lei nº 9.849, de 26 de outubro de 1999);*

d) admissão de professor substituto e professor visitante;

e) admissão de professor e pesquisador visitante estrangeiro;

f) atividades: *(Redação dada pela Lei nº 9.849, de 26 de outubro de 1999).*

- especiais nas organizações das Forças Armadas para atender à área industrial ou a encargos temporários de obras e serviços de engenharia;
- de identificação e demarcação desenvolvidas pela FUNAI;
- de análise e registro de marcas e patentes pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI;
- finalísticas do Hospital das Forças Armadas;
- de pesquisa e desenvolvimento de produtos destinados à segurança de sistemas de informações, sob responsabilidade do Centro de Pesquisa e Desenvolvimento para a Segurança das Comunicações - CEPESC;
- de vigilância e inspeção, relacionadas à defesa agropecuária, no âmbito do Ministério da Agricultura e do Abastecimento, para atendimento de situações emergenciais ligadas ao comércio internacional de produtos de origem animal ou vegetal ou de iminente risco à saúde animal, vegetal ou humana;
- desenvolvidas no âmbito dos projetos do Sistema de Vigilância da Amazônia - SIVAM e do Sistema de Proteção da Amazônia - SIPAM.
- técnicas especializadas, no âmbito de projetos voltados para o alcance de objetivos estratégicos previstos no Plano Plurianual. Essas contratações serão feitas exclusivamente por projeto, vedado o aproveitamento dos contratados em qualquer área da administração pública.

A contratação de professor substituto a que se refere o inciso “d” acima far-se-á exclusivamente para suprir a falta de docente da carreira, decorrente de exoneração ou demissão, falecimento, aposentadoria, afastamento para capacitação e afastamento ou licença de concessão obrigatória.

As contratações para substituir professores afastados para capacitação ficam limitadas a dez por cento do total de cargos de docentes da carreira constante do quadro de lotação da instituição.

12.9.3 - <u>Direito de Greve e de Sindicalização</u>

O direito de greve e de sindicalização será estabelecido na forma da lei específica (art. 37,VI e VII, CF).

É garantido ao servidor público civil o direito à livre associação sindical (art. 37, VI, CF).

O direito de greve será exercido nos termos e limites definidos em lei específica (art. 37, VII, EC nº 19/98)

12.9.4 - <u>Proibição de Acumulação Remunerada</u>

De acordo com a Constituição Federal (art. 37, XVI e XVII), é vedada a acumulação <u>remunerada</u> de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de

horário, observado em qualquer caso o limite do subsídio mensal dos Ministros do STF (EC 19/98):

a) dois cargos de professor;

b) um cargo de professor com outro cargo técnico ou científico;

c) dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas (EC nº 34/2001).

A proibição de acumulação remunerada estende-se a empregos e funções e abrange as autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público (EC 19/98, art. 37, XVII).

É vedada a acumulação de proventos de aposentadoria decorrentes de cargo público, membros das Polícias Militares, Corpos de Bombeiros Militares ou militares das Forças Armadas com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma da Constituição (dois cargos de professor; um cargo de professor com outro técnico ou científico; dois cargos privativos de profissionais de saúde), os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração (art. 37, § 10 (EC 20/99).

12.9.5 - Sanção por Improbidade Administrativa

Os atos de improbidade Administrativa dividem-se em três grupos: os que importam enriquecimento ilícito; os que causam prejuízo ao erário; os que atentam contra os princípios da Administração pública (Lei nº 8.429/92).

Constitui ato de improbidade administrativa, importando enriquecimento ilícito, auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinqüenta por cento do patrimônio ou da receita anual, e notadamente:

a) receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

b) perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades já referidas por preço superior ao valor de mercado;

c) perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

d) utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades já mencionadas, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

e) receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;

f) receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades já mencionadas;
g) adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;
h) aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;
i) perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;
j) receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;
k) incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades já mencionadas;
l) usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades já mencionadas.

Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades já referidas, e notadamente:

a) facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades já mencionadas;

b) permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

c) doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades já mencionadas, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

d) permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades já referidas, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

e) permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

f) realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

g) conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

h) frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

i) ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

j) agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

k) liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

l) permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

m) permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades já mencionadas, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

a) praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

b) retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

c) revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

d) negar publicidade aos atos oficiais;

e) frustrar a licitude de concurso público;

f) deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

g) revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

a) na hipótese dos atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito: perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

b) na hipótese do ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário:, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

c) na hipótese do ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública: ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa

civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Na fixação das penas acima, o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Em síntese, os atos de improbidade administrativa importarão, sem prejuízo da ação penal cabível, as seguintes sanções (art. 37, § 4º, CF):

a) suspensão dos direitos políticos;

b) perda da função pública;

c) indisponibilidade dos bens;

d) ressarcimento ao Erário.

Independentemente das sanções aplicáveis por improbidade administrativa, sujeitar-se-á o servidor à ação penal cabível no caso concreto (**in fine** art. 37, § 4º, CF).

O limite para as reposições e indenizações ao erário não poderá ultrapassar a dez por cento da remuneração ou provento (art. 46 da Lei nº 8.112/90, com a redação dada pela MP nº 2.225-45, de 4.9.2001).

Impõe consignar a diferença entre INDENIZAÇÃO e REPOSIÇÃO: reposição é a devolução de valores indevidamente incluídos na remuneração do servidor; indenização é a conversão em pecúnia dos danos causados pela ação do servidor. Embora exista esta diferença entre os dois institutos, para efeito de desconto na remuneração ou provento do servidor, o limite é o mesmo: dez por cento.

Contudo, se o pagamento indevido houver ocorrido no mês anterior ao do processamento da folha, a reposição será feita imediatamente, em uma única parcela. Esse dispositivo incide também para a reposição de valores recebidos em cumprimento a decisão liminar, tutela antecipada ou a sentença que venham a ser revogadas ou rescindidas.

Lei estabelecerá os prazos de prescrição para os ilícitos praticados por qualquer agente público (art. 37, § 5º, CF).

São os seguintes prazos prescricionais para as penalidades disciplinares nos casos de advertência, suspensão, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão, destituição de função de confiança (art. 142 da Lei nº 8.112/90):

a) 5 anos - demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;

b) 2 anos - suspensão;

c) 180 dias - advertência.

Estes prazos começam a correr da data em que o fato se tornou conhecido. Interrompe-se o prazo prescricional com a abertura de sindicância ou de processo disciplinar, até a decisão final proferida pela autoridade competente. Interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a fluir novamente a partir do dia em que cessar a interrupção.

12.10 - Regime Constitucional dos Servidores Públicos

12.10.1 - Irredutibilidade de Vencimentos

O subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis. Vencimentos representam a retribuição pecuniária legalmente prevista como correspondente ao cargo público (art. 37, XV).

12.10.2 - Mitigação da Isonomia

A fixação de vencimentos observará os seguinte pressupostos (art. 39, § 1º):
a) natureza, grau de responsabilidade e complexidade dos cargos;
b) requisitos para investidura;
c) peculiaridades do cargo.

Deve-se registrar que este dispositivo não fala em isonomia entre os Poderes da União.

12.10.3 - Direitos Equivalentes aos dos Empregados

O art. 39, § 3º, estabelece os direitos equivalentes aos dos empregados a que o servidor público faz jus (nova redação dada pela EC nº 19/98):
a) salário mínimo;
b) remuneração nunca inferior ao salário mínimo;
c) 13º salário;
d) remuneração do trabalho noturno superior ao diurno;
e) salário família;
f) trabalho não superior a 8 h diárias e 44 h semanais;
g) repouso semanal remunerado;
h) remuneração de serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinqüenta por cento à normal;
i) férias anuais remuneradas com, pelo menos, 1/3 a mais;
j) licença gestante de 120 dias;
k) licença paternidade (cinco dias corridos, segundo o art. 208 da Lei nº 8.112/90);
l) proteção do mercado de trabalho da mulher, previsto em lei;
m) redução dos riscos de trabalho, por normas de saúde, higiene e segurança;
n) proibição de diferença de remuneração em virtude de sexo, idade, cor ou estado civil.

12.10.4 - Estabilidade

Após 3 anos de efetivo exercício, o servidor nomeado para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público goza de estabilidade (art. 41, alterado pela EC nº 19/98).

A Estabilidade garante ao servidor que somente perderá o cargo em virtude de:

a) sentença judicial transitada em julgado;

b) processo administrativo, sendo-lhe assegurada a ampla defesa;

c) procedimento de avaliação periódica de desempenho, assegurada ampla defesa, na forma de lei complementar (EC nº 19/98);

d) limite de despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios haver excedido os limites estabelecidos em lei complementar, desde que o ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal (art. 169, § 4º, CF).

Se o servidor for demitido irregularmente, caberá sua reintegração com recondução do outro servidor ao cargo de origem (sem direito à indenização), aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço.

A extinção ou a declaração de desnecessidade do cargo implica a disponibilidade do servidor, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo.

Constitui requisito para a estabilidade a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade (art. 41, § 4º, CF).

O art. 169, § 4º, CF prevê a possibilidade de exoneração de servidor estável, se o limite estabelecido para gastos com pessoal já houver sido atingido, mesmo com a redução de 20% das despesas com cargo em comissão e com a exoneração de servidores não estáveis, desde que por ato normativo motivado de cada um dos Poderes, especificando a atividade funcional, o órgão ou a unidade administrativa objeto da redução de pessoal. Este servidor fará jus à indenização no valor de uma remuneração por ano de serviço.

O servidor em estágio probatório poderá ocupar cargo em comissão ou funções de direção, chefia ou assessoramento no órgão ou entidade de lotação e somente poderá ser cedido para ocupar cargos de natureza especial, cargos de provimento em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores (DAS), de níveis 4, 5 e 6, ou equivalentes (art. 20, § 3º, Lei nº 8.112/90, incluído pela Lei nº 9.527/1997).

12.10.5 - Disponibilidade

Disponibilidade é a inatividade do servidor estável com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo. A disponibilidade decorre da extinção do cargo, da declaração de sua desnecessidade ou quando da reintegração de outro servidor e não for possível a recondução nem o aproveitamento em outro órgão (art. 41, § 3º, alterado pela EC nº 19/98).

12.10.6 - Aposentadoria e Proventos

Aposentadoria é o direito de o servidor público perceber na inatividade valor pecuniário dos cofres públicos decorrente da prestação de serviço laboral. Dá-se o nome de proventos aos valores percebidos pelos servidores inativos.

Existem três formas de aposentadoria, nos termos do art. 186 da Lei nº 8.112/90:

a) por invalidez permanente;

b) compulsória, aos setenta anos de idade;

c) voluntária.

Ao servidor aposentado é assegurada a gratificação natalina no valor do respectivo provento.

12.10.6.1 - Aposentadoria por invalidez permanente:

> A invalidez permanente de servidor implica percepção de proventos proporcionais ao tempo de serviço, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável.

Consideram-se doenças graves, contagiosas ou incuráveis, nos termos da Lei nº 8.112/90, além de outras especificadas em lei, com base na medicina especializada: tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira posterior ao ingresso no serviço público, hanseníase, cardiopatia grave, doença de Parkinson, paralisia irreversível e incapacitante, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estados avançados do mal de Paget (osteíte deformante), Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - AIDS.

Configura acidente em serviço o dano físico ou mental sofrido pelo servidor, que se relacione, mediata ou imediatamente, com as atribuições do cargo exercido. Equipara-se ao acidente em serviço o dano (art. 212, da Lei nº 8.112/90):

a) decorrente de agressão sofrida e não provocada pelo servidor no exercício do cargo;

b) sofrido no percurso da residência para o trabalho e vice-versa.

A aposentação por invalidez permanente será precedida de licença para tratamento de saúde por período não excedente a 24 meses (art. 188, § 1º). Ao fim desse período, não sendo possível o servidor ser readaptado nem sendo possível retornar ao serviço, será aposentado por invalidez permanente.

> O servidor aposentado com provento proporcional ao tempo de serviço, se acometido de qualquer das moléstias acima especificadas, passará a perceber provento integral (art. 190 da Lei nº 8.112/90).

Quando proporcional ao tempo de serviço, o provento não será inferior a um terço da remuneração da atividade.

A aposentadoria por invalidez vigora a partir da data de publicação do ato (art. 188, **caput**).

12.10.6.2 - Aposentadoria compulsória:

A aposentadoria compulsória ocorre quando o servidor completa setenta anos de idade, sendo-lhe assegurados proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

A aposentadoria compulsória é automática e vigora a partir do dia imediato àquele em que o servidor atingir a idade-limite de permanência no serviço ativo (art. 187 da Lei nº 8.112/90).

12.10.6.3 - Aposentadoria voluntária:

A aposentadoria voluntária ocorre a pedido do servidor sendo-lhe exigidos 10 anos de efetivo exercício no serviço público e 5 anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria (para homens e mulheres), observados os seguintes limites:

a) Homem:

- 60 anos de idade, 35 anos de contribuição: proventos integrais;
- 55 anos de idade, 30 anos de contribuição, em efetivo exercício nas funções de magistério (educação infantil, ensino fundamental e médio): proventos integrais;
- 65 anos de idade: proventos proporcionais ao tempo de contribuição;

b) Mulher:

- 55 anos de idade, 30 anos de contribuição: proventos integrais;
- 50 anos de idade, 25 anos de contribuição, em efetivo exercício nas funções de magistério (educação infantil, ensino fundamental e médio): proventos integrais;
- 60 anos de idade: proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime de previdência social.

A aposentadoria voluntária do servidor público, que vigora a partir da data de publicação do ato, possui as seguintes características:

a) caráter contributivo, observados os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial (art. 40, CF);

b) não pode exceder a remuneração do servidor em atividade;

c) é vedada a percepção de mais de uma aposentadoria pública, salvo os casos de aposentadoria decorrente dos cargos acumuláveis na forma da Constituição;

d) revisão dos proventos na mesma data dos servidores em atividade, sendo estendidos aos aposentados e aos pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando da transformação ou reclassificação dos cargos;

e) lei não poderá estabelecer qualquer forma de cômputo de tempo de contribuição fictício;

f) os proventos são calculados com base na remuneração total;

g) no caso de pensão por morte, o valor dos proventos será igual ao que o servidor teria direito no dia de seu falecimento;

h) o tempo de contribuição federal, estadual ou municipal será contado para efeito de aposentadoria e o tempo de serviço correspondente para efeito de disponibilidade;

i) é assegurada a reciprocidade da contagem do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, para efeito de aposentadoria, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente;

j) o tempo de serviço público prestado aos Estados, Municípios e Distrito Federal, o tempo de serviço em atividade privada, vinculada à Previdência Social, o tempo de serviço relativo a tiro de guerra, o tempo correspondente ao desempenho de mandato eletivo federal, estadual, municipal ou distrital, anterior ao ingresso no serviço público federal, e o tempo de licença para tratamento de saúde própria que exceder 24 meses ao logo do tempo de serviço público prestado à União contar-se-ão apenas para efeito de aposentadoria e disponibilidade (art. 103, V, 8.112/90);

k) será observado o limite do subsídio do Ministro do STF para os proventos de inatividade;

l) União, Estados, Distrito Federal e Municípios podem instituir regime de previdência complementar, no limite máximo do regime geral de previdência social (art. 14, EC nº 20/99);

m) lei complementar disporá sobre normas gerais do regime de previdência complementar para a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, considerando que O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar;

n) o servidor que tiver ingressado no serviço público antes da instituição do regime de previdência complementar só poderá nele ingressar se optar;

o) quando aposentado com proventos proporcionais, estes não poderão ser inferiores a 1/3 da remuneração da ativa (art. 191 da Lei nº 8.112/90);

Somente depois de lei complementar é que o regime de previdência complementar poderá ser instituído (art. 10 EC nº 20/99).

O tempo de serviço considerado pela legislação é o tempo de contribuição.

O Regime de previdência privada, de caráter complementar, será regulado por lei complementar e possui as seguintes características (art. 202):

a) caráter temporário;

b) autônomo em relação ao regime geral de previdência social;

c) facultativo;

d) caráter atuarial;

e) União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista só aportarão recursos como patrocinadores e com contribuição máxima igual à do segurado;

f) lei complementar disciplinará relação entre União, Estados, Distrito Federal, Municípios, administração indireta e as entidades fechadas de previdência fechada;

g) permissionárias e concessionárias podem ter regime complementar;

h) tempo de serviço é igual ao tempo de contribuição (art. 4º EC nº 20/99);

Deve ser observada a paridade entre a contribuição da patrocinadora estatal e a do segurado. Terá vigência de 2 anos ou até a lei complementar do art. 202 (art. 5º EC nº

20/99).

As entidades fechadas de previdência privada patrocinadas por entidades públicas têm 2 anos para compatibilizar custeio e benefícios, o que pode implicar responsabilidade civil e criminal dos agentes (art. 6º da EC nº 20/99).

12.10.6.4 - Aposentadoria - Regime Geral

O regime geral da previdência social, por não ser objeto do direito administrativo, será a seguir sintetizado:

a) proventos integrais:

- 35 anos de contribuição para homem;
- 30 anos de contribuição para mulher;

b) proventos proporcionais ao tempo de contribuição:

- 65 anos de idade para homem;
- 60 anos de idade para mulher;

c) para o efetivo exercício de magistério, com proventos integrais:

- 30 anos de magistério (educação infantil, ensino fundamental e médio) para homem;
- 25 anos de magistério (educação infantil, ensino fundamental e médio) para mulher.

12.10.6.5 - Regra de Transição (art. 8º da EC nº 20/99)

Os servidores que ingressaram até a publicação da EC nº 20/99 podem optar pelas novas regras ou se aposentar voluntariamente se:

a) pré-requisitos: homem com idade mínima de 53 anos; mulher com idade mínima de 48 anos; 5 anos de efetivo exercício no cargo;

b) 35 anos de contribuição mais 20% do tempo que faltava para completar 35 anos de contribuição, se homem, com proventos integrais;

c) 30 anos de contribuição mais 20% do tempo que faltava para completar 30 anos de contribuição, se mulher, com proventos integrais;

d) 30 anos de contribuição mais 40% do tempo que faltava para completar 30 anos de contribuição, se homem, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição;

e) 25 anos de contribuição mais 40% do tempo que faltava para completar 25 anos de contribuição, se mulher, com proventos proporcional ao tempo de contribuição.

O tempo de serviço de magistrado, membro do Ministério Público ou Tribunal de Contas terá acréscimo de 17%.

O professor terá um acréscimo de 17%, se homem, e de 20%, se mulher, do tempo que faltar para a aposentadoria integral.

A transição do Regime Geral de Previdência (art. 9º da EC nº 20/99) é igual à transição do regime dos servidores públicos.

12.10.7 - Pensão por Morte

O benefício da pensão por morte corresponde à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, até um limite fixado em lei, observando-se a revisão nas mesma condições dos proventos (art. 40, § 7º, CF).

12.11 - Servidores Sujeitos ao Regime de Cargo e Servidores Sujeitos ao Regime de Emprego

A sociedade de economia mista e a empresa pública são regidas pelo regime celetista, uma vez que nelas só há empregos públicos.

Na Administração Direta, autarquias, fundações públicas, em princípio, só há empregos para atividades subalternas.

"É admissível a contratação de empregados para prestação de serviços materiais subalternos pela Administração Direta, fundações e autarquias sob regime celetista" (Celso Antônio Bandeira de Mello), porque não desempenham funções típicas do Estado.

Deve-se registrar que os arts. 52, XIII, 51, IV, 61, § 1º, II, a, falam em empregos na Administração Direta.

À Justiça do Trabalho compete conciliar e julgar as controvérsias decorrentes da relação de trabalho envolvendo trabalhadores e empregadores da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, inclusive Administração Direta (art. 114, CF).

Os empregos a que se referem os artigos da Constituição (arts. 51, IV; 52, XIII e 61, § 1º, II, a) não são os de "contratação temporária" (art. 37, IX), porque não se pode falar em criação, por lei, de empregos temporários de excepcional interesse público. Esse interesse público deve ser urgente e não cabe falar em delongas decorrentes de criação por lei.

A Lei nº 8.745/93 estabelece as situações em que, por excepcional interesse público, os órgãos da Administração Federal direta, as autarquias e as fundações públicas poderão contratar pessoal por prazo determinado, como já mencionado.

A Lei nº 8.112/90, art. 1º, adotou para todos os servidores públicos da União o regime estatutário.

O art. 243, § 1º, da Lei nº 8.112/90 transformou empregos em cargos na Administração Direta, autarquias e fundações. Contudo, Celso Antônio Bandeira de Melo entende que tal dispositivo é inconstitucional, porque não houve concurso público e em virtude de o art. 19 ADCT exigir concurso público para efetivação daqueles que não tenham 5 anos (sem concurso público) quando da promulgação da CF 88.

Já o art. 33 da EC nº 19/98 considera servidores não-estáveis, para os fins do art. 169, § 3º, II, da CF, aqueles admitidos na administração direta, autárquica e fundacional sem concurso público de provas ou de provas e títulos após o dia 5 de outubro de 1983.

12.12 - Cargos Públicos

Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor. Servidor é a pessoa legalmente investida em cargo público (art. 3º da Lei nº 8.112/90).

12.12.1 – Criação, Extinção e Declaração de Desnecessidade:

A criação, extinção e a declaração de desnecessidade de cargo público observarão os seguintes pressupostos:

a) acessíveis a todos os brasileiros (natos e naturalizados), com a restrição aos cargos mencionados no art. 12, § 3º, CF, que estabelece serem privativos de brasileiro natos alguns cargos (Presidente e Vice-Presidente da República; Presidente da Câmara dos Deputados; Presidente do Senado Federal; Ministro do Supremo Tribunal Federal; carreira diplomática; oficial das Forças Armadas);

b) criados por lei ou por Resolução das Casa do CN;

c) extintos por lei;

d) competência do Presidente da República para prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei (art. 84, XXV);

e) competência do Presidente da República para declarar a desnecessidade de cargo público (art. 41, § 3º).

12.12.2 - Classificação de Cargos

Os cargos públicos, quanto à disposição no Quadro, classificam-se em:

a) de carreira, quando escalonado em classes;

b) isolado, sem escalonamento em classes.

Entende-se por quadro o conjunto de cargos isolados ou de carreira.

Os cargos de carreira são escalonados em classes, em função da responsabilidade e complexidade de atribuições.

Classe é o conjunto de cargos de mesma natureza de trabalho.

Quanto à permanência dos ocupantes, os cargos públicos classificam-se em:

a) em comissão: aqueles que não exigem concurso público para seu provimento, sendo, portando possível a exoneração **ad nutum**;

b) efetivo: aqueles providos mediante concurso público de provas ou de provas e títulos, o que acarreta a estabilidade após o decurso de três anos de estágio probatório;

c) vitalícios: aqueles preenchidos por magistrados, ministros do Tribunal de Contas da União (Conselheiro no caso de tribunais de contas de estados e municípios), e membros do Ministério Público. Os ocupantes desses cargos somente poderão ser desligados em virtude de processo judicial. A vitaliciedade ocorrerá após três anos de exercício em cargo de magistratura decorrente de concurso público ou imediatamente após a posse nos cargos mencionados na Constituição de nomeação direta para magistrado de Tribunal ou

para Ministro do Tribunal de Cotas.

Devem-se distinguir dois institutos de afastamento do servidor do serviço público: demissão e exoneração.

A demissão consiste no desligamento do servidor do cargo público que ocupa em virtude de punição, ou seja, com caráter sancionador, ocorrendo, portanto **ex officio**.

Já a exoneração consiste no desligamento do servidor do cargo público sem caráter sancionador, podendo ocorrer a pedido ou de ofício. Pode ocorrer a exoneração nos seguintes casos:

a) quando desinvestir servidor de cargo em comissão (art. 15, § 2º);
b) desligamento durante estágio probatório (art. 34, I);
c) servidor que não entra em exercício no prazo legal (art. 15, § 2º);
d) acumulação proibida de cargo, estando de boa-fé (art. 133, § 5º);
e) a pedido (art. 34, **caput**).

Ao cargos serão lotados nos quadros, sendo que quadro corresponde a cada unidade básica de organização.

Lotação é o total dos cargos em cada quadro;

Redistribuição (art. 37 da Lei nº 8.112/90, atualizado pela Lei nº 9.527/97) é o deslocamento de cargo de provimento efetivo, ocupado ou vago, para outro órgão ou entidade do mesmo Poder, com prévia apreciação do órgão central de pessoal.

No caso de extinção de órgão, os servidores estáveis não redistribuídos, serão colocados em disponibilidade.

12.13 - Provimento em Cargo Público: Conceito e Formas

Provimento é o ato por meio do qual alguém é designado para ocupar cargo público como titular.

As formas de provimento dividem-se em :

a) autônomo;
b) derivados.

São formas de provimento, conforme art. 8º da Lei nº 8.112/90:

a) nomeação;
b) promoção;
c) ascensão (revogada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97);
d) transferência (revogada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97);
e) readaptação;
f) reversão;
g) aproveitamento;
h) reintegração;
i) recondução.

12.13.1 - Provimento Autônomo ou Originário

A nomeação é o provimento que não guarda relação com a anterior situação do provido, caracterizando-se, portanto, na única forma de provimento autônomo ou originário.

É da competência do Presidente da República o provimento de cargos da Administração Central, sendo delegável por decreto aos Ministros (art. 84, § único).

Contudo, é da Alçada privativa do Presidente da República o provimento dos seguintes cargos (art. 84, XIV, XV, XVII):

a) Magistrado de Tribunal;
b) Magistrado do TCU;
c) Advogado-Geral da União;
d) Membros do Conselho da República;
e) Procurador-Geral da República;
f) Presidente e Diretores do Banco Central.

Compete privativamente aos tribunais prover os seguintes cargos (art. 96, I "c" e "e"):

a) cargos de juiz singular;
b) os cargos de servidores auxiliares no Judiciário.

Compete aos Presidentes da Câmara e do Senado prover os cargos dos quadros das Casas do Congresso Nacional.

Posse é o ato de aceitação do cargo. Ocorre a investidura do servidor que é o travamento da relação funcional. Depende da prévia inspeção médica oficial (art. 14) e ocorrerá no prazo de 30 dias contados da publicação do ato de provimento, não mais podendo ser prorrogado (art. 13, §§ 1º e 6º). A posse poderá ocorrer mediante procuração específica. Não tomando posse no prazo previsto, será tornado sem efeito o ato de provimento.

Exercício é o efetivo desempenho das atribuições do cargo ou da função de confiança (art. 15). O servidor dispõe de 15 dias, contados da data da posse, para entrar em exercício (art. 15, § 1º). Não entrando em exercício, o servidor será exonerado. Se designado para função de confiança, será tornado sem efeito o ato de sua designação.

As funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento (art. 37, V, CF, com a redação dada pela EC nº 19/98).

Funções são plexos unitários de atribuições, criadas por lei e exercidas, em princípio, por servidor efetivo. Funções de confiança e cargos em comissão serão exercidos, preferencialmente, por servidores efetivos ocupantes de cargo de carreira técnica ou profissional, nos casos previstos em lei (art. 37, V, CF).

12.13.2 - Provimentos Derivados

Os provimentos derivados decorrem do fato de o servidor ter ou haver tido algum

vínculo anterior com cargo público. São provimentos derivados: promoção, readaptação, reversão, aproveitamento, reintegração e recondução.

Os provimentos derivados classificam-se em:

a) vertical;

b) horizontal;

c) reingresso.

12.13.2.1 - Provimento Derivado Vertical

A promoção consiste na elevação para o cargo de nível mais alto dentro da própria carreira (merecimento, antigüidade).

12.13.2.2 - Provimento Derivado Horizontal (readaptação)

Na remoção (art. 36) e na redistribuição (art. 37), o servidor não muda de cargo. Na redistribuição, o cargo e o servidor mudam de quadro (no mesmo Poder).

Remoção é o deslocamento do servidor no âmbito do mesmo quadro. Ocorre em três situações :

a) de ofício, interesse da Administração Pública;

b) a pedido, a critério da Administração Pública;

c) a pedido, para outra localidade, independentemente do interesse da Administração:

- para acompanhar cônjuge ou companheiro servidor público, removido por interesse da Administração Pública;

- por motivo de saúde do servidor, cônjuge, companheiro ou dependente, condicionada à comprovação por junta médica oficial;

- por processo seletivo.

A redistribuição consiste no deslocamento de cargo, ocupado ou vago, de um órgão para outro órgão ou entidade do mesmo Poder, observados os seguinte preceitos:

a) interesse da Administração Pública;

b) isonomia: de remuneração e de atribuição.

A readaptação é uma espécie de transferência efetuada a fim de prover o servidor em outro cargo mais compatível com sua superveniente limitação de capacidade física ou mental, apurada em inspeção médica (art. 24).

12.13.2.3 - Provimento Derivado por Reingresso

Provimento derivado por reingresso é o retorno ao serviço ativo do qual estava desligado. Esse tipo de provimento abarca as seguintes modalidades: reversão, reintegração, recondução e aproveitamento.

Reversão consiste no retorno à atividade de servidor aposentado por invalidez, quando, por junta médica oficial, forem declarados insubsistentes os motivos da aposentadoria ou no interesse da administração, desde que (art. 25 da Lei nº 8.112/90, com a redação dada pela MP nº 2.225-45/2001):

a) tenha solicitado a reversão;
b) a aposentadoria tenha sido voluntária
c) estável quando na atividade;
d) a aposentadoria tenha ocorrido nos cinco anos anteriores à solicitação;
e) haja cago vago.

São características da reversão:

a) ocorre no mesmo cargo ou no cargo transformado;

b) o tempo em que o servidor estiver em exercício será considerado para concessão da aposentadoria;

c) encontrando-se provido o cargo, exercerá as atividades como excedente, até a ocorrência de vaga, no caso de reversão por invalidez;

d) os proventos da aposentadoria são substituídos pela remuneração do cargo que voltar a exercer, inclusive com as vantagens de natureza pessoal que percebia anteriormente à aposentadoria;

e) no caso de reversão no interesse da administração, o servidor somente terá seus proventos calculados com base nas regras atuais se permanecer pelo menos cinco anos no cargo;

f) não retornará o aposentado com mais de 70 anos.

Reintegração é o retorno do servidor ilegalmente desligado de seu cargo, quando invalidada sua demissão por decisão administrativa ou judicial. A reintegração assegura o ressarcimento de todas as vantagens. Se o cargo foi extinto, ficará o servidor em disponibilidade. O eventual ocupante do cargo será reconduzido ao cargo de origem, sem direito à indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade (art. 28).

Recondução é o retorno do servidor estável ao cargo anteriormente ocupado, em virtude de inabilitação em estágio probatório relativo a outro cargo ou de reintegração do antigo ocupante. Encontrando-se provido o cargo de origem, o servidor será aproveitado em outro com atribuições e vencimentos compatíveis com o anteriormente ocupado (art. 29).

Aproveitamento é o retorno do servidor estável que esteve em disponibilidade em cargos de atribuições e vencimentos compatíveis com o anteriormente ocupado, sendo responsável pelo aproveitamento o Órgão Central do Sistema de Pessoal Civil. (art. 30 e 31). O servidor que não entrar em exercício no prazo legal terá tornado sem efeito o aproveitamento e cassada a disponibilidade, salvo doença comprovada por junta médica oficial (art. 32).

12.14 - Direitos e Vantagens dos Servidores Estatutários

Os direitos e as vantagens dos servidores estatutários podem ser divididos entre aqueles que beneficiam diretamente o servidor e aqueles que beneficiam seus dependentes.

12.14.1 - Direitos e Vantagens que Beneficiam Diretamente o Servidor

Os direitos e vantagens que beneficiam diretamente o servidor podem ser dividido em vantagens de ordem pecuniária, de ausência ao serviço e aposentadoria.

São direitos e vantagens de ordem pecuniária

a) vencimento é a retribuição pecuniária pelo exercício de cargo público, com valor fixado em lei, nunca inferior ao salário mínimo (art. 40);

b) padrão é o valor correspondente aos distintos cargos.

c) remuneração é o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei (art. 41).

Integram a remuneração do cargo, além, do vencimento básico:

a) indenizações;

b) gratificações;

c) adicionais.

As indenizações são despesas destinadas ao ressarcimento de gastos em razão do serviço e compreendem (art. 51):

a) ajuda de custo (art. 53), destinada ao custeio de despesas de instalação para exercício em nova sede;

b) diárias (art. 58) têm o objetivo de cobrir despesas com pousada, alimentação e locomoção urbana do servidor que se desloca, em serviço, dentro do território nacional ou para o exterior;

c) transporte é o ressarcimento de despesas de deslocamento com a utilização de meio próprio de locomoção.

As Gratificações (art.61) podem ser de retribuição ou natalina:

a) retribuição (não é mais gratificação) pelo exercício de função de direção, chefia e assessoramento - (Lei nº 9.527/97 que revogou a Lei nº 8.911/94 e Medidas Provisórias subseqüentes);

b) natalina, devida na razão de 1/12 da remuneração de dezembro por mês de exercício, sendo que o período superior a 15 é considerado como um mês.

Os Adicionais (art. 67 a 76):

a) pelo exercício de atividade insalubre, penosa ou perigosa, incidente sobre o vencimento (art. 68 a 72);

b) por serviço extraordinário, com acréscimo de 50% da hora trabalhada, sendo o máximo de 2 horas por jornada e devendo atender situações excepcionais e temporárias (art. 73 e 74);

c) pelo serviço noturno e extraordinário, com acréscimo de 1,25 x 1,50 x (9/8);

d) noturno, compreendendo o trabalho entre 22 e 5 h do dia seguinte. O valor da hora noturna será acrescida de 25% em relação à ora normal. Cada hora noturna é computada na base de 52,5 minutos (art.75);

e) de férias, no valor de 1/3 da remuneração do mês de férias (art. 76). Caso haja parcelamento das férias (art. 77, § 3º), o adicional de férias será pago quando da utilização

do 1º período (art. 78, § 5º).

Deve-se registrar que não mais existem o abono pecuniário (conversão de 1/3 de férias em pecúnia) e o adicional por tempo de serviço (1% por ano de serviço público efetivo);

12.14.2 - Benefícios de Seguridade Social

Os benefícios de seguridade social compreendem:
a) auxílio-natalidade - menor vencimento do serviço público (art. 196);
b) salário-família - valor estabelecido em Lei (art.197).

12.14.3 - Direitos de Ausência do Serviço

Os direitos de ausência do servidor compreendem: férias, licenças, afastamento.

O servidor terá direito a 30 dias de férias, depois de 12 meses. As férias podem ser acumuladas por dois períodos (art. 77 a 80). O servidor que opera direta e permanentemente com Raios X ou substâncias radioativas terá direito a vinte dias consecutivos de férias, por semestre de atividade profissional, proibida em qualquer hipótese a acumulação. Poderão ser interrompidas as férias em virtude de calamidade pública, comoção interna, convocação para júri, serviço militar ou eleitoral, ou por necessidade do serviço declarada pela autoridade máxima do órgão ou entidade. As férias poderão ser parceladas em até três períodos.

As licenças, em regra, são pleiteadas pelo servidor e podem ser:

a) por motivo de doença em pessoa da família (cônjuge, ou companheiro, pais, filhos padrasto, madrasta, enteado, dependente que viva às suas expensas e conste em seu assentamento funcional): será sem prejuízo da remuneração até 30 dias, prorrogável por até 30 dias, devidamente atestada a necessidade por junta médica oficial. Além desses prazos, o servidor ficará sem remuneração, com o limite do prazo de 90 dias;

b) por motivo de afastamento do cônjuge: será concedida ao servidor para acompanhar cônjuge ou companheiro que tenha sido deslocado para outro ponto do território nacional, para o exterior ou para o exercício de mandato eletivo dos Poderes Executivo e Legislativo. Essa licença será por prazo indeterminado e sem remuneração;

c) licença para o serviço militar: concluído o serviço militar, o servidor terá até 30 dias, sem remuneração, para reassumir o exercício do cargo;

d) para atividade política: será sem remuneração, durante o período que mediar entre a sua escolha em convenção partidária, como candidato a cargo eletivo, e a véspera do registro de sua candidatura perante a Justiça Eleitoral. Será com remuneração a partir do registro da candidatura até o décimo seguinte ao pleito, pelo período máximo de três meses;

e) licença para capacitação: será concedida após cada qüinqüênio de efetivo exercício, com a duração de até três meses, ao servidor para participar de curso de capacitação profissional, com a respectiva remuneração, não sendo possível acumular períodos;

f) licença para tratar de interesses particulares: a critério da administração, desde que não esteja em estágio probatório, poderá o servidor afastar-se pelo prazo de até três anos consecutivos, sem remuneração. A licença poderá ser interrompida, a qualquer tempo, a pedido do servidor ou no interesse do serviço;

g) licença para desempenho de mandato classista: poderá ser concedida licença, sem remuneração, para o desempenho de mandato em confederação, federação, associação de classe de âmbito nacional, sindicato representativo da categoria ou entidade fiscalizadora da profissão. A licença terá a duração do mandato, podendo ser prorrogada, no caso de reeleição, por uma única vez.

As licenças previdenciárias compreendem:

a) para tratamento de saúde (art. 202): a pedido ou de ofício, com base em perícia médica, sem prejuízo da remuneração. Até trinta dias a perícia será feita por médico do setor de assistência do órgão. Após esse prazo, por junta médica oficial;

b) licença à gestante (art. 207): terá a duração de 120 dias, sem prejuízo da remuneração a que fizer jus a servidora. Poderá a licença iniciar-se no primeiro dia do nono mês de gestação. No caso de nascimento prematuro, a licença terá início a partir do parto. No caso de natimorto, decorridos trinta dias do evento, a servidor será submetida a exame médico, e, se julgada apta, reassumirá o exercício do cargo. No caso de aborto atestado por médico oficial, a servidora terá direito a trinta dias de repouso remunerado;

c) licença à adotante (art. 210): a adoção ou a obtenção da guarda de criança até um ano de idade implica a concessão de noventa dias de licença remunerada. Para crianças com mais de um ano de idade, esse prazo será de 30 dias;

d) licença paternidade (art. 208): pelo nascimento ou adoção de filhos, o servidor terá direito a 5 dias consecutivos;

e) licença por acidente em serviço (art. 211): configura acidente em serviço o dano físico ou mental sofrido pelo servidor, que se relacione, mediata ou imediatamente, com as atribuições do cargo exercido. Equipara-se ao acidente em serviço o dano decorrente de agressão sofrida e não provocada pelo servidor no exercício do cargo ou sofrido no percurso da residência para o trabalho e vice-versa.

O servidor público terá direito aos seguintes afastamentos:

a) para servir a outro órgão ou entidade dos Poderes da União, dos Estados ou do Distrito Federal e dos Municípios, nas seguintes hipóteses, mediante Portaria publicada no DOU:

- para exercício de cargo em comissão: com exceção para órgãos dos Poderes da União, o ônus da remuneração será do órgão ou entidade cessionária;
- em casos previstos em leis específicas;

b) para exercício da mandato eletivo, com as seguintes disposições:

- tratando-se de mandato federal, estadual ou distrital, ficará afastado do cargo;
- investido no mandato de Prefeito, será afastado do cargo, sendo-lhe facultado optar pela sua remuneração;
- investido no mandato de vereador:

- havendo compatibilidade de horário, perceberá as vantagens de seu cargo, sem prejuízo da remuneração do cargo eletivo;

- não havendo compatibilidade de horário, será afastado do cargo, sendo-lhe facultado optar pela sua remuneração.

c) para estudo ou missão no exterior: ocorrerá mediante autorização do Presidente da República, Presidente dos Órgãos do Poder Legislativo e Presidente do Supremo Tribunal Federal. Esse afastamento não excederá quatro anos e somente será permitida nova ausência decorrido igual período do afastamento anterior. Ao servidor beneficiado por esse afastamento não será concedida exoneração ou licença para tratar de interesse particular antes de decorrido período igual ao do afastamento, salvo se ressarcir as despesas havidas com seu afastamento.

A Lei nº 8.112/1990 denominou concessões as seguintes ausências:

a) doação de sangue - 1 dia;

b) alistamento eleitoral - 2 dias;

c) casamento - 8 dias;

d) falecimento - 8 dias.

São afastamentos genéricos:

a) programa de treinamento regularmente instituído (art. 102, IV);

b) júri e outros serviços obrigatórios (art.102, VI);

c) deslocamento para nova sede (art. 102, IX);

d) participação em competição desportiva nacional (art. 102, X);

É considerado afastamento preventivo (art. 147) aquele com o fim de o servidor não influir na apuração de irregularidade em processo disciplinar, com a duração máxima de sessenta dias, sem prejuízo da remuneração.

É considerado afastamento compulsório aquele destinado a servidor candidato a cargo eletivo na localidade onde desempenha suas funções e que exerça cargo de direção, chefia, assessoramento, arrecadação ou fiscalização, a partir do dia imediato ao do registro de sua candidatura perante a Justiça Eleitoral, até o décimo dia seguinte ao do pleito (art. 86, § 1º).

Além das ausências ao serviço em virtude de doação de sangue, de alistamento eleitoral, casamento ou luto, são considerados como de efetivo exercício os afastamentos em virtude de (art. 102):

a) férias;

b) exercício de cargo em comissão ou equivalente, em órgão ou entidade dos Poderes da União, dos Estados, Municípios e Distrito Federal;

c) exercício de cargo ou função de governo ou administração, em qualquer parte do território nacional, por nomeação do Presidente da República;

d) participação em programa de treinamento regularmente instituído, conforme dispuser o regulamento;

e) desempenho de mandato eletivo federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal, exceto para promoção por merecimento;

f) júri e outros serviços obrigatórios por lei;

g) missão ou estudo no exterior, quando autorizado o afastamento, conforme dispuser o regulamento;

h) licença:

- à gestante, à adotante e à paternidade;

- para tratamento da própria saúde, até o limite de vinte e quatro meses, cumulativo ao longo do tempo de serviço público prestado à União, em cargo de provimento efetivo;

- para o desempenho de mandato classista, exceto para efeito de promoção por merecimento;

- por motivo de acidente em serviço ou doença profissional;

- para capacitação, conforme dispuser o regulamento;

- por convocação para o serviço militar;

i) deslocamento para a nova sede;

j) participação em competição desportiva nacional ou convocação para integrar representação desportiva nacional, no País ou no exterior, conforme disposto em lei específica;

k) afastamento para servir em organismo internacional de que o Brasil participe ou com o qual coopere.

Será computado apenas para efeito de aposentadoria e disponibilidade (art. 103):

a) o tempo de serviço público prestado aos Estados, Municípios e Distrito Federal;

b) a licença para tratamento de saúde de pessoa da família do servidor, com remuneração;

c) a licença para atividade política, a partir do registro da candidatura e até o décimo dia seguinte ao da eleição, observado o limite máximo de três meses;

d) o tempo correspondente ao desempenho de mandato eletivo federal, estadual, municipal ou distrital, anterior ao ingresso no serviço público federal;

e) o tempo de serviço em atividade privada, vinculada à Previdência Social;

f) o tempo de serviço relativo a tiro de guerra;

g) o tempo de licença para tratamento da própria saúde que exceder o prazo de vinte e quatro meses.

A Constituição Federal vedou a possibilidade de qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício.

12.14.4 - Direitos e Vantagens em prol de Dependentes do Servidor (art. 185, II):

São benefícios dos dependentes do servidor:

a) pensão;

b) auxílio-funeral;

c) auxílio-reclusão;

d) assistência à saúde.

A pensão garante a percepção mensal da importância recebida pelo dependente do servidor falecido (art. 215), podendo ser:

a) vitalícia - dura até a morte do beneficiário (art. 217, I);

b) temporária - dura até que persistam as condições em vista das quais o beneficio é concedido (art. 217, II).

O auxílio-funeral consiste em um mês de remuneração ou provento. No caso de acúmulo legal de cargos, será pago o auxílio somente em razão do cargo de maior remuneração.

O auxílio-reclusão será devido na seguinte proporção:

a) dois terços da remuneração em virtude de prisão em flagrante ou preventiva;

b) metade da remuneração em virtude sentença definitiva quando não há perda de cargo.

12.15 - Deveres e Responsabilidades dos Servidores Públicos Estatutários

São deveres do servidor público (art. 116):

a) exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo;

b) ser leal às instituições a que servir;

c) observar as normas legais e regulamentares;

d) cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais;

e) atender com presteza:

- ao público em geral, prestando as informações requeridas, ressalvadas as protegidas por sigilo;
- à expedição de certidões requeridas para defesa de direito ou esclarecimento de situações de interesse pessoal;
- às requisições para a defesa da Fazenda Pública.

f) levar ao conhecimento da autoridade superior as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo;

g) zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público;

h) guardar sigilo sobre assunto da repartição;

i) manter conduta compatível com a moralidade administrativa;

j) ser assíduo e pontual ao serviço;

k) tratar com urbanidade as pessoas;

l) representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder.

É proibido ao servidor (art. 117):

a) ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia autorização do chefe imediato;

b) retirar, sem prévia anuência da autoridade competente, qualquer documento ou objeto da repartição;

c) recusar fé a documentos públicos;

d) opor resistência injustificada ao andamento de documento e processo ou execução de serviço;

e) promover manifestação de apreço ou desapreço no recinto da repartição;

f) cometer a pessoa estranha à repartição, fora dos casos previstos em lei, o

desempenho de atribuição que seja de sua responsabilidade ou de seu subordinado;

g) coagir ou aliciar subordinados no sentido de filiarem-se a associação profissional ou sindical, ou a partido político;

h) manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil;

i) valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública;

j) participar de gerência ou administração de empresa privada, sociedade civil, salvo a participação nos conselhos de administração e fiscal de empresas ou entidades em que a União detenha, direta ou indiretamente, participação do capital social, sendo-lhe vedado exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário;

k) atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro;

l) receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições;

m) aceitar comissão, emprego ou pensão de estado estrangeiro;

n) praticar usura sob qualquer de suas formas;

o) proceder de forma desidiosa;

p) utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares;

q) cometer a outro servidor atribuições estranhas ao cargo que ocupa, exceto em situações de emergência e transitórias;

r) exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho;

s) recusar-se a atualizar seus dados cadastrais quando solicitado.

O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições (art. 121). As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.

São penalidades a que se sujeitam os servidores:

a) advertência: faltas de menor gravidade - por escrito;

b) suspensão: reincidência de faltas punidas com advertência e que não tipifiquem faltas punidas com demissão (critério residual), até o limite de noventa dias. Pode ser convertida em multa;

c) demissão: crime contra Administração Pública, abandono de cargo, inassiduidade habitual, improbidade administrativa, corrupção, acumulação ilegal de cargos públicos etc.;

d) cassação de aposentadoria ou disponibilidade: falta punível com demissão;

e) destituição de cargo em comissão: infrações sujeitas às penalidades de suspensão e demissão;

f) destituição de função comissionada.

A imposição da penalidade deve mencionar o fundamento legal e a causa da sanção disciplinar.

Considera-se abandono de cargo a ausência intencional do servidor ao serviço por mais de 30 dias consecutivos.

Entende-se por inassiduidade habitual a falta ao serviço, sem causa justificada, por sessenta dias, interpoladamente, durante o período de doze meses.

A penalidade da demissão será imposta ao servidor quando incorrer nas seguinte infrações:

a) crime contra a administração pública;
b) abandono de cargo;
c) inassiduidade habitual;
d) improbidade administrativa;
e) incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição;
f) insubordinação grave em serviço;
g) ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem;
h) aplicação irregular de dinheiros públicos;
i) revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo;
j) lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional;
k) corrupção;
l) acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas;
m) as seguintes transgressões:

- valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública;
- participar de gerência ou administração de empresa privada, sociedade civil, salvo a participação nos conselhos de administração e fiscal de empresas ou entidades em que a União detenha, direta ou indiretamente, participação do capital social, sendo-lhe vedado exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário;
- atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro;
- receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições;
- aceitar comissão, emprego ou pensão de estado estrangeiro;
- praticar usura sob qualquer de suas formas;
- proceder de forma desidiosa;
- utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares;

Por valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, ou por atuar como procurador junto à Administração Pública, estará sujeito o servidor à inabilitação por 5 anos para ocupar outro cargo público.

Se o servidor incorrer em crime contra a Administração Pública, improbidade administrativa, aplicação irregular de dinheiros públicos, lesão aos cofres públicos, dilapidação do patrimônio nacional, corrupção, sujeitar-se-á à inabilitação definitiva para nova investidura em cargo público federal.

A demissão ou a destituição de cargo em comissão, nos casos de improbidade administrativa, aplicação irregular de dinheiro público, lesão aos cofres públicos, corrupção, implica indisponibilidade de seus bens, ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível.

A ação disciplinar prescreverá em:

a) 5 anos - infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;

b) 2 anos – infrações puníveis com suspensão;

c) 180 dias – infrações puníveis com advertência .

A abertura de sindicância ou instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição até decisão final.

12.16 - Sindicância e Processo Administrativo

12.16.1- Sindicância

Sindicância é o procedimento investigativo, com prazo de conclusão de 30 dias, prorrogável por mais 30 dias.

A sindicância poderá resultar:

a) arquivamento;

b) advertência ou suspensão de até 30 dias;

c) instauração de processo disciplinar.

Se após a sindicância for sugerida sanção mais grave (suspensão por mais de 30 dias, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão), será instaurado obrigatoriamente processo disciplinar.

Se a sindicância apurar ilícito penal, além de ser instaurado imediatamente processo administrativo disciplinar, será remetida cópia para o Ministério Público.

12.16.2 - Processo Disciplinar

É o instituto por meio do qual se visa apurar infrações cometidas por servidor, sendo observado o direito do contraditório e da ampla defesa. Deve ser desenvolvido por comissão composta de 3 servidores estáveis sob a presidência de um deles, desde que este ocupe cargo efetivo superior ou no mesmo nível, ou que tenha nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado.

As reuniões e as audiências das comissões terão caráter reservado.

Três são as fases do processo disciplinar:

a) instauração - publicação do ato que constituir a comissão;

b) inquérito administrativo – compreende instrução, defesa e relatório;

c) julgamento - compete à autoridade que mandou instaurá-la.

O prazo para sua conclusão é de 60 dias, prorrogável por igual período.
As reuniões serão registradas em atas.

12.16.3 - Inquérito

O inquérito administrativo obedecerá ao princípio do contraditório, assegurada ao acusado ampla defesa, com os meios e recursos admitidos no direito.

Na fase do inquérito a comissão promoverá tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências, podendo recorrer a técnicos e peritos.

Deve ser observado o direito de o servidor acompanhar o processo pessoalmente ou com procurador, produzir provas e contraprovas, arrolar e reinquirir testemunhas, formular quesitos, quando se tratar de prova pericial.

As testemunhas serão intimadas a depor mediante mandado expedido pelo presidente da comissão. O depoimento será reduzido a termo, não sendo lícito trazê-lo por escrito.

Depois da inquirição das testemunhas, ocorrerá o interrogatório do acusado.

Diante de dúvida quanto à sanidade mental do acusado, será solicitado exame por junta médica oficial, com a necessária participação de um psiquiatra.

Tipificada a infração disciplinar, o servidor será indiciado, com especificação dos fatos a ele imputados e das provas.

O indiciado será citado por mandado expedido pelo presidente da comissão para apresentar defesa escrita, no prazo de 10 dias, assegurando-se-lhe vista. Havendo dois ou mais indiciados, o prazo será comum e de vinte dias.

Poderá haver citação por edital, desde que o indiciado esteja em lugar incerto e não sabido, estabelecendo-se o prazo de defesa de 15 dias após a última publicação.

A revelia configura-se quando o indiciado, regularmente citado, não apresenta defesa no prazo legal. Esse ato deverá constar nos autos, devendo ser nomeado um servidor como defensor dativo, observando os mesmos requisitos para Presidente da comissão do processo disciplinar.

Apreciada a defesa, será confeccionado relatório conclusivo (inocência ou responsabilidade)

Reconhecida a responsabilidade, deve ser indicada a norma transgredida, bem como as circunstâncias atenuantes e agravantes.

O processo disciplinar, com o relatório da comissão, será remetido à autoridade que determinou a sua instauração, para julgamento.

O Julgamento deverá ocorrer no prazo de 20 dias, sendo que a autoridade julgadora (que determinou a instauração) decidirá.

No caso de a penalidade exceder sua alçada, será remetida à autoridade competente para decidir no mesmo prazo (20 dias).

As punições de demissão, cassação de aposentadoria e de disponibilidade serão julgadas pelo Presidente da República, Presidentes das Casas do Poder Legislativo e dos Tribunais Federais e Procurador-Geral da República.

O julgamento acatará relatório, salvo quando contrário às provas dos autos.

Verificada a ocorrência de vício insanável, a autoridade que determinou a instauração do processo ou outra de hierarquia superior declarará sua nulidade, total ou parcial, e ordenará, no mesmo ato, a constituição de outra comissão para instauração de novo processo.

O Julgamento fora do prazo não implica nulidade do processo.

A autoridade que deu causa à prescrição de ilícito que constitua infração penal será responsabilizada.

Extinta a punibilidade pela prescrição, a autoridade julgadora determinará o registro do fato nos assentamentos individuais do servidor.

O servidor que responder a processo disciplinar só poderá ser exonerado a pedido, ou aposentado voluntariamente, após a conclusão do processo e o cumprimento da penalidade, se for o caso.

O processo disciplinar poderá ser revisto a qualquer tempo, de ofício ou a pedido, desde que se verifiquem fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada. O pedido de revisão será dirigido ao Ministro de Estado ou autoridade equivalente, que, se autorizar a revisão, o encaminhará ao dirigente do órgão ou entidade onde se originou o processo disciplinar.

O julgamento da revisão caberá à autoridade que aplicou a penalidade e não poderá haver agravamento de penalidade.

12.17 - Seguridade Social

A União manterá Plano de Seguridade social para o servidor e sua família.

O servidor ocupante de cargo em comissão que não seja, simultaneamente, ocupante de cargo ou emprego público efetivo não terá direito aos benefícios do plano de seguridade social, com exceção da assistência à saúde.

O Plano de Seguridade Social visa garantir:

a) subsistência nos eventos de doença, invalidez, velhice, acidente em serviço, inatividade, falecimento e reclusão;

b) proteção à maternidade, à adoção e à paternidade;90

A assistência à saúde será prestada:

a) pelo SUS;

b) diretamente pelo órgão;

c) por convênio, mediante regulamento;

d) por contrato, mediante regulamento.

CAPÍTULO XIII - SERVIÇO PÚBLICO E INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

13.1 - Conceito de Serviço Público

- Serviço Público é conceito cujo significado sofreu profundas alterações ao longo do tempo.

- Há sempre três aspectos: o **material** (atividades de interesse coletivo); o **subjetivo** (presença do Estado); e o **formal** (submissão ao regime jurídico-administrativo).

- Definição de CABM: "**Serviço Público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público**".

- A noção de serviço público estava no passado mais ligada a uma dada atividade material. A Escola do Serviço Público (Léon Duguit, Gaston Jèze) pretendeu substituir a idéia da soberania do poder estatal como fundamento do direito administrativo pela noção ontológica de serviço público. O direito administrativo passou a reger a atividade material do Estado ligada a prestação de serviço público.

- Com o advento do Estado Social e a proliferação das atividades do Estado, que passou a explorar diretamente atividade econômica e a intervir na esfera social, o conceito de serviço público foi de tal forma ampliado, que perdeu sua serventia, uma vez que deixou de estar associado a um conjunto específico de princípios e regras - o direito administrativo.

- Daí a razão de optarmos por definir Serviço Público de forma **restrita**, associado a um **substrato material** - prestação de utilidade ou comodidade fruível diretamente pelos administrados - e por um **traço formal** - submissão a um específico regime de direito público.

13.1.1 - Substrato Material da Noção de Serviço Público

- O substrato material da noção de serviço público está ligado à prestação de utilidades ou comodidades que, em dado momento histórico, pela importância ou imprescindibilidade, foram cometidas ao Estado.

- A prestação de serviço público é feita aos **administrados em geral**.

- A menos dos serviços de saúde e da educação, que por força constitucional podem ser prestados também por particulares (arts. 199 e 209), os serviços públicos estão sob a responsabilidade exclusiva do Estado.

- O Estado pode prestar serviço público diretamente ou por intermédio de alguém qualificado para tanto (permissionário ou concessionário).

- À iniciativa privada compete explorar atividade econômica (art. 170, parágrafo único), independentemente, a menos das exceções legais, de autorização dos órgãos estatais.

- A exploração de atividade econômica pelo Estado é excepcional, somente se justificando por imperativo da segurança nacional ou por relevante interesse coletivo (art. 173, CF).

13.1.2 - Elemento Formal Caracterizador do Serviço Público

- O elemento formal é o **regime jurídico-administrativo**, que contempla traços que o diferenciam do regime de direito privado: obediência estrita ao princípio da legalidade, a presunção de veracidade e legalidade dos atos praticados, a possibilidade de instabilização do vínculo contratual firmado com o concessionário (intervenção, encampação, declaração de caducidade etc.), a impossibilidade de o concessionário opor a exceção de contrato não cumprido etc.

- Necessidade dos elementos material e formal para caracterizar o serviço público. Onde houver prestação de utilidade ou comodidade, haverá **serviço governamental**. Mas serviço público só haverá se o regime de sua prestação for o regime de direito público.

13.2 - Serviços Públicos e Outras Atividades Estatais

13.2.1 - Serviço Público x Obra Pública

- Obra pública é a construção, reparação, edificação ou ampliação de um bem imóvel pertencente ou incorporado ao domínio público.

- Diferenças entre Serviço Público e Obra Pública:

a) A obra é um produto estático, o serviço é algo dinâmico.

b) A obra é o produto cristalizado de uma atividade humana; o serviço é a própria operação ensejadora do desfrute.

c) A fruição da obra é direta, salvo quando consistir no suporte material para a prestação de um serviço (hidrelétrica) ou rodovia (art. 1º, IV, da Lei nº 9.074/95); a fruição do serviço é a fruição da própria prestação.

- Como adiante se verá, as Leis n^{os} 8.987/95 e 9.074/95 confundem a noção de concessão de serviço público (precedida ou não de obra pública) da noção de concessão de obra pública.

- No primeiro caso, tem-se como objeto primordial a prestação de serviço público, para a público em geral. Como aspecto ancilar, subsidiário, tem-se a possibilidade de, previamente à prestação de serviço público, ser necessária a construção, reforma, melhoramento ou ampliação de obra pública.

- Na concessão de obra pública o concessionário constrói, amplia, melhora ou reforma obra pública, para dela tirar proveito, sendo secundária a prestação ou não de um serviço publico. O concessionário pode ser remunerado por tarifa, preço público ou por contribuições de melhoria cobradas dos beneficiários.

13.2.2 - Serviço Público e Poder de Polícia

- Poder de Polícia é a atividade estatal que, por meio de lei, condiciona, limita o exercício da liberdade e da propriedade dos administrados, a fim de compatibilizá-los com o bem-estar social.

- O poder de polícia é expresso mediante atos preventivos, fiscalizadores e repressivos. Ex.: outorga de licenças e autorizações (atividade preventiva); inspeções e vigilância (atividade fiscalizadora); atividades materiais dotadas de auto-executoriedade,

como dissolução de passeatas, apreensão de mercadorias (atividade repressiva).

- O serviço público busca **ofertar** ao administrado uma utilidade, ampliando o seu desfrute de comodidades, enquanto o poder de polícia **restringe, limita, condiciona** as possibilidades de sua atuação livre.

13.2.3 - Serviço Público e Exploração de Atividade Econômica

- Exploração de atividade econômica pelo Estado é o desenvolvimento de atividades comerciais e industriais, na forma do art. 173 da CF, em regime de direito privado.

- Sua caracterização nasce fundamentalmente de critério residual: é toda atividade de produção de utilidades que não seja caracterizada como prestação de serviço público. Esta última nasce da vontade do legislador, limitado a uma restrição de cunho ontológico ligada ao substrato material da noção de serviço público.

13.3 - Serviços Públicos por Determinação Constitucional e Legal

- O art. 21, incisos X, XI e XII definem alguns serviços públicos de competência da União.

- inciso X : manter o serviço postal e o correio aéreo nacional.

- inciso XI : diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações.

- inciso XII : diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens;

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água;

c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;

d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteira nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres.

- Essa enumeração não é exaustiva, nem mesmo para a União. Além disso, muitos serviços públicos serão da alçada dos Estados e dos Municípios.

- A Lei nº 9.074/95 (art. 1º) define os seguintes serviços e obras públicas, de competência da União, que se sujeitam ao regime de concessão ou permissão:

a) vias federais, precedidas ou não de execução de obra pública;

b) exploração de obras ou serviços federais de barragens, contenções, eclusas, diques e irrigações, precedidas ou não da execução de obras públicas;

c) estações aduaneiras e outros terminais e alfandegados de uso público, não instalados em área de porto ou aeroporto, precedidos ou não de obras públicas.

- O art. 2º da mesma Lei deixa claro que os seguintes serviços **não são serviços**

públicos, por independerem de concessão, permissão ou autorização:

a) transporte aquaviário, de passageiros, que não seja realizado entre portos organizados;

b) transporte rodoviário e aquaviário de pessoas, realizados por operadoras de turismo no exercício dessa atividade;

c) de pessoas, em caráter privativo de organizações públicas ou privadas, ainda que em forma regular.

- Convém recordar que os serviços de saúde e educação são serviços públicos, mas não podem ser prestados sob o regime de concessão ou permissão, tendo em vista que os arts. 199 e 209 da CF estabelecem a possibilidade da iniciativa privada, **de forma livre**, exercê-los.

13.4 - Intervenção do Estado no Domínio Econômico

- A intervenção do Estado no Domínio Econômico se dá sob três formas:

a) como agente **normatizador e regulador da atividade econômica**, exercendo poder de polícia (art. 174, CF);

b) **fomentando atividade privada** que gera utilidade pública;

c) **atuando empresarialmente**, por meio das sociedades de economia mista e empresas públicas.

- Um dos fundamentos da ordem econômica é a **livre iniciativa** (art. 170, **caput**). Tem também como princípio a **livre concorrência** (art. 170, IV).

- O planejamento elaborado pelo setor público tem caráter indicativo, não-vinculante para o setor privado (art. 174). O planejamento do Estado não pode impor aos particulares o atendimento às diretrizes fixadas. Deve incentivá-los, atraí-los para o norte desejado pelo Estado.

- O parágrafo único do art. 170 deixa claro o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização dos órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. Os casos previstos em lei exigirão autorização do Poder Público, sem todavia obstar o livre exercício de atividade econômica por aqueles que preencherem os requisitos fixados pelo Poder Público.

- As atividades **financeira, de seguro e capitalização** (art. 192, I e II) mereceram do legislador constituinte uma atenção especial. Serão regulados por lei complementar que estabelecerá os requisitos das instituições financeiras e dos estabelecimentos de seguro, previdência e capitalização

- O art. 173 prevê a elaboração do Estatuto jurídico da empresa estatal exploradora de atividade econômica, que disporá sobre:

a) sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

b) a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

c) licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

d) a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal,

com a participação de acionistas minoritários;

e) os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

- A empresa estatal exploradora de atividade econômica não pode dispor de prerrogativas que possibilitem uma concorrência desleal com as empresas privadas do mesmo ramo.

- **Monopólio**: o art. 177 estabelece as atividades que constituirão monopólio da União. São elas:

a) a pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluídos;

b) a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

c) a importação e exportação de produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

d) o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem como o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

e) a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados.

- **Flexibilização do Monopólio**: A União poderá contratar empresa pública ou privada para a realização das atividades previstas nos itens **a** a **d** acima (art. 177, §1º).

- Tais atividades monopolizadas não se confundem com serviços públicos. Na hipótese, o Estado explora atividade econômica em regime de monopólio, podendo contratar a execução de algumas atividades. Esses contratos não constituirão concessões de serviço público.

CAPÍTULO XIV - CONCESSÃO E PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

14.1 - Conceito e Noções Gerais

- Definição de CABM: **"Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço."**

14.1.1 - A exploração de Serviço como Forma de Remuneração

- A **regra geral** do contrato de concessão é a remuneração por meio do pagamento de **tarifa** pelos usuários.

- Exceções:

a) A Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão, em seu art. 11, estabelece a possibilidade de outras **fontes provenientes de receitas alternativas**, complementares. Ex.: Nada impede que na concessão de serviço da transporte rodoviário, além da cobrança de pedágio (tarifa), possa haver a exploração de lojas e quiosques pelo concessionário, desde que contribua para **favorecer a modicidade das tarifas.**

b) Na concessão de serviços de radiodifusão sonora ou de sons e imagens a remuneração do concessionário se dá por meio da divulgação de mensagens publicitárias.

14.1.2 - Concessão e Permissão de Serviço Público na Constituição e na Legislação

- O art. 175 da CF dispõe que "**incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos"**.

- O parágrafo único do art. 175 estabelece a necessidade de lei que disponha sobre:

a) o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão.

b) os direitos dos usuários.

c) política tarifária.

d) obrigação de manter serviço adequado.

- A Lei nº 8.987/95 foi editada no intuito de estabelecer o regime jurídico dos contratos de concessão, a menos dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens (art. 41), que mereceu tratamento diferenciado na CF (art. 223).

- É Lei nacional. Portanto, se impõe a Estados e Municípios, que deverão

obedecer aos seus ditames. Deixe-se claro, entretanto, que a decisão de contratar concessionários é decisão atinente à esfera de discricionariedade do ente federado.

- Mencione-se que a Lei nº 8.666/93 tem aplicação subsidiária, consoante disposto em seu art. 124, que dispõe: "Aplicam-se às licitações e aos contratos para permissão ou concessão de serviços públicos os dispositivos desta Lei que não conflitem com a legislação específica sobre o assunto".

14.1.3 - <u>As Definições Contidas na Lei nº 8.987/95</u>

- A lei nº 8.987/95 diferencia a **concessão do serviço público** (não precedida de obra pública) da **concessão do serviço público precedida de obra pública**.

- Definições legais (art. 2º):

a) **concessão de serviço público -** a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.

b) **concessão de serviço público precedida de execução de obra pública -** construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegado pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado.

- Críticas às definições legais:

a) utilização do termo **delegação** - este termo se refere usualmente à investidura no desempenho de atividade jurídica e não material. Ex.: atividades notariais e de registro.

b) a definição de concessão de serviço público não se refere à remuneração do concessionário por meio de cobrança de tarifas dos usuários.

c) confundiu os conceitos de **concessão de serviço público precedida de obra pública** e de **concessão de obra pública**. Veja-se que a parte final da definição legal fala em exploração do serviço ou da obra. Ver a distinção no Capítulo anterior.

- Deve-se distinguir os conceitos de **concessão de serviço público (precedida ou não de obra pública)** e de **concessão de uso de bem público**.

Na **concessão de uso de bem público** não há prestação de serviço público em caráter universal. Ao contrário, a utilização do bem público visa a satisfazer as conveniências e necessidades do próprio interessado.

Ex.:

a) **concessão de serviço público -** concessionário recebe sistema de distribuição de energia elétrica para prestar o serviço de fornecimento de energia elétrica;

b) **concessão de serviço público precedida de obra pública -** concessionário tem a incumbência de construir uma usina hidrelétrica para prestar serviço público de fornecimento de energia elétrica. A usina construída será conectada ao sistema interligado e fornecerá energia de forma universal, a todos os usuários;

c) **concessão de uso de bem público** - concessionário recebe uma usina hidrelétrica já construída para explorá-la no intuito de fornecer energia elétrica para fábrica de sua propriedade. Não há prestação de serviço público.

14.1.4 - Natureza Jurídica do Contrato de Concessão

- O que é transferido no contrato de concessão é tão-só o **exercício da atividade pública**. O Poder Público mantém total disponibilidade sobre o serviço concedido. Poderá inclusive encampá-lo se o interesse público assim o permitir.

- Concessão de serviço público é **relação jurídica complexa**, composta de três elementos:

a) ato regulamentar do Estado - fixa as condições de funcionamento, organização e modo de prestação de serviço;

b) ato-condição - ato pelo qual o concessionário voluntariamente se insere debaixo das condições objetivas contidas no ato regulamentar do Estado;

c) contrato - as partes ajustam, com maior liberdade de pactuação, a equação econômico-financeira do contrato.

- No Brasil , entretanto, as concessões de serviço público e a de obra pública são denominadas **contratos administrativos**.

- Lógica do contrato de concessão: a concessionária tem a garantia da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e o Estado tem a disponibilidade para alterar e modificar as condições de cumprimento do contrato, sempre que o interesse público exigir.

14.2 - Forma e Condições da Outorga de Serviço em Concessão

- A **outorga do serviço ou obra depende de lei autorizadora**. O art.2º da Lei nº 9.074 estabelece que " é vedado à União, aos Estados e aos Municípios executarem obras e serviços públicos por meio de concessão ou permissão, sem lei que lhes autorize e fixe os termos, dispensada a lei autorizativa nos casos de saneamento básico e limpeza urbana e nos já referidos na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e dos Municípios, observado, em qualquer caso, os termos da Lei nº 8.987, de 1995 ".

- A concessão será, em regra, outorgada **sem exclusividade** (art. 16 da Lei nº 8.987/95), salvo no caso de inviabilidade técnica e econômica. A regra é um regime de competição entre concessionárias.

14.2.1 - Licitação e Contrato de Concessão

- O art. 175 da CF exige a licitação como requisito indispensável das concessões.

- O art. 2º, II, da Lei nº 8.987/95 estabelece a **concorrência** como a modalidade de licitação própria das concessões de serviço público. Pode haver **leilão** nos casos de trespasse de concessão no âmbito do Programa Nacional de Desestatização (art. 29 da Lei nº 9.074/95).

- O art. 14 da Lei nº 8.987/95 e o art. 124 da Lei nº 8.666/93 estabelecem que a

licitação deverá ser regrada pelas normas da Lei nº 8.666/93 com as adaptações previstas na Lei nº 8.987/95.

- A mais importante distinção refere-se aos **tipos de licitação**. Ao contrário do estabelecido no art. 45 da Lei nº 8.666/93, o art. 15 da Lei º 8.987/95, alterado pela Lei nº 9.648/98, enumera os seguintes critérios de julgamento da licitação, **in verbis**:

"Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios:

I - o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado;

II - a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga de concessão;

III - a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII;

IV - melhor proposta técnica, com preço fixado no edital;

V - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica;

VI - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; ou

VII - melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas.

1º A aplicação do critério previsto no inciso III só será admitida quando previamente estabelecida no edital de licitação, inclusive com regras e fórmulas precisas para avaliação econômico-financeira.

2º O poder concedente recusará propostas manifestamente inexeqüíveis ou financeiramente incompatíveis como objetivos da licitação.

3º Em igualdade de condições, será dada preferência à proposta apresentada por empresa brasileira."

- As empresas licitantes deverão ser habilitadas, de acordo com os quesitos capacidade técnica, idoneidade financeira, regularidade jurídica e fiscal (art. 18, V).

- As propostas passarão por uma avaliação técnica (art. 18, IX) prévia, de caráter eliminatório.

- O edital deve prever as possíveis fontes de receita alternativas (art. 18, VI).

- O Edital deve descrever as condições necessárias à prestação adequada do serviço (art. 18, II). O § 1º do art. 6º da Lei nº 8.987/95 estabelece que o **serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.**

- A falta de serviço adequado pode acarretar a **intervenção** do poder concedente na concessionária (art. 32).

- O contrato de concessão deverá conter as cláusulas essenciais previstas no art. 23 da Lei nº 8.987/95, relativas:

a) ao objeto, à área e ao prazo da concessão;

b) ao modo, à forma e às condições de prestação de serviço;

c) aos critérios definidores da qualidade do serviço;

d) ao preço e aos critérios e procedimentos para a revisão das tarifas;

e) aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária;

f) aos direitos dos usuários;
g) à forma de fiscalização das instalações;
h) às penalidades contratuais
i) às hipóteses de extinção;
j) aos bens reversíveis;
k) aos critérios para cálculo das indenizações devidas à concessionária;
l) às condições para prorrogação dos contratos;
m) à obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da concessionária ao poder concedente;
n) à exigência de publicação periódica de demonstrações financeiras da concessionária;
o) ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.

14.2.2 - Transferência da Concessão e Subconcessão

- O art. 27 da Lei nº 8.987/95 prevê a possibilidade de transferência de concessão ou do controle societário da concessionária, desde que precedido da anuência do poder concedente. A anuência dependerá da demonstração, pelo pretendente, das exigências previstas para a habilitação da concessionária e do compromisso de cumprir todas as cláusulas em vigor.

- Parte da doutrina considera inconstitucional a **transferência de concessão,** por entender que o art. 175 da CF exige sempre a realização de licitação para fins de concessão.

- A transferência do controle societário é lícita, com a anuência do poder concedente, porque a vitoriosa na licitação é a empresa e não os sócios ou quotistas.

- O art. 26 da Lei nº 8.987/95 prevê a possibilidade de subconcessão, nos termos do contrato de concessão. A Lei nº 8.666/93 (art. 78, VI) admite também a subcontratação, total ou parcial, desde que prevista no edital e no contrato. Parece lícito supor que o edital da concorrência da concessão deve contemplar a hipótese de subconcessão.

- A subconcessão será precedida de concorrência, efetivada pelo poder concedente. O subconcessionário sub-roga-se nos direitos e deveres do concessionário dentro dos limites da subconcessão.

14.3 - Prazo nas Concessões

- A definição legal de concessão de serviço público exige prazo determinado (art. 2º, II e III, da Lei nº 8.987/95).

- A Lei nº 8.987/95 não fixa prazo máximo para as concessões. Os prazos da Lei nº 8.666/93 são inadequados, porque as concessões exigem, em regra, prazos dilatados para a amortização dos investimentos efetuados pela concessionária.

- A Lei nº 9.074/95, p. e., fixa o prazo máximo de 35 anos para as concessões de geração de energia elétrica e de 30 anos para as concessões de transmissão e distribuição de energia elétrica.

- O prazo da concessão pode ser alterado unilateralmente (encampação), desde que ocorra a adequada indenização da concessionária. Esta indenização levará em conta a parte

não amortizada dos bens reversíveis, considerando-se a depreciação (arts. 36 e 37 da Lei nº 8.987/95).

- A possibilidade de prorrogação do contrato é clausula essencial do contrato de concessão (art. 23, XII). Conclui-se que o edital deve estabelecer esta possibilidade.

14.4 - Poderes do Concedente

- O concedente tem plena disponibilidade sobre o serviço prestado pelo concessionário. Titulariza, para isso, um plexo de poderes (art. 29 da Lei nº 8.987/95), a saber:

a) poder de inspeção e fiscalização;
b) poder de alteração unilateral das cláusulas regulamentares;
c) poder de extinguir a concessão antes de findo o prazo inicialmente estatuído;
d) poder de intervenção;
e) poder de aplicar sanções ao concessionário inadimplente.

14.4.1 - Poder de Inspeção e Fiscalização

- Previsto no art. 29, I, no art. 23, VII, no art. 30 e no art. 31,V. Para tanto, o poder concedente deverá ter acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária.

14.4.2 - Poder de Alteração Unilateral das Cláusulas Regulamentares

- O STF já se pronunciou que "Na concessão de serviço público é lícita a modificação pelo poder concedente do funcionamento do serviço desde que fique assegurado o equilíbrio do contrato." (RDA 95/132).

- As restrições para a alteração unilateral dos contratos, previstos no art. 65, I, da Lei nº 8.666/93 não se aplicam aos contratos de concessão, uma vez que o objeto do contrato é, neste caso, a prestação de serviço público, que deverá estar sempre adequada às necessidades ditadas pelo interesse público. Daí a ampla possibilidade de alteração unilateral da concessão, desde que restabelecido sempre o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (art. 9º,§ 4º).

14.4.3 - Poder de Extinguir a Concessão Antes de Findo o Prazo Contratual

- O art. 28, IV, prevê a possibilidade do poder concedente extinguir a concessão, nos casos e condições previstos em lei.

- A **encampação e a caducidade** são hipóteses de extinção da concessão antes de findo o prazo da concessão.

- Na **encampação** (art. 37), não há culpa da concessionária. É a retomada de serviço pelo poder concedente e funda-se em critérios de conveniência e oportunidade. Exige-se **lei específica**.

- Na **caducidade** (art. 38), há culpa da concessionária, quando da inexecução parcial ou total do contrato. Exige-se procedimento administrativo prévio, assegurada ampla

defesa à concessionária. É declarado por decreto.

14.4.4 - Poder de Intervenção

- O art. 32 da Lei nº 8987/95 prevê a possibilidade de **intervenção** do poder concedente na concessão, com o fim de assegurar a adequação da prestação de serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes.

- Será instaurada mediante **decreto**, que conterá a designação do interventor, o prazo e os objetivos da medida.

- Em 30 dias, a contar da declaração de intervenção, deverá ser instaurado procedimento administrativo (duração de 180 dias) para comprovar as causas da medida e apurar responsabilidades, assegurada a ampla defesa à concessionária.

- Cessada a intervenção, se não for extinta a concessão, o serviço será devolvido à concessionária. O interventor deverá prestar contas e responderá pelos atos praticados em sua gestão (art. 34).

14.4.5 - Poder de Aplicar Sanções ao Concessionário Inadimplente

- O art. 29, II, da Lei nº 8.987/95 prevê a possibilidade de o poder concedente aplicar as penalidades regulamentares e contratuais.

- A Lei nº 8.987/95 não especifica quais as penalidades possíveis de serem aplicadas. Estas deverão estar contempladas no edital.

14.5 - Direitos do Concessionário

- Os direitos da concessionária são:

a) manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato;

b) impossibilidade de exigência de cumprimento de atividade estranha ao objeto da concessão.

14.5.1 - A Remuneração do Concessionário

- A remuneração do concessionário dar-se-á por intermédio da cobrança de tarifa e por fontes paralelas ou complementares de receita.

- As tarifas devem ser módicas (art. 6º, § 1º). Não se admitem lucros exagerados da concessionária.

- As tarifas deverão, em regra, ser aquelas fixadas pelo licitante vencedor.

- As tarifas serão reajustadas e revistas sempre (art. 9º, § 2º, e art. 23, IV) que se alterar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

- A criação e a alteração de quaisquer tributos ou encargos legais (a menos do imposto de renda) implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos (art. 9º, § 3º).

- Cabe revisão das tarifas nas hipóteses correspondentes à álea administrativa (alteração unilateral, fato do príncipe e fato da administração) e à álea econômica (teoria da imprevisão), consoante explicado no Capítulo XI, subitem 11.6.9.

- A álea ordinária ou empresarial não enseja revisão de tarifa. Veja-se que a definição legal (art. 2º, II e II) deixa clara que a prestação de serviço público pela

concessionária se dará por sua **conta e risco**.

- Tarifa = lucro + custos + amortização de investimentos - receitas alternativas ou complementares

- Pode haver tarifas subsidiadas pelo poder concedente.
- As fontes paralelas de receita estão vinculadas, em regra, à exploração comercial de áreas de subsolo ou contíguas à obra pública (para a instalação de *shopping centers*, supermercados, postos de gasolina, estacionamentos, lojas etc.).

14.6 - Direitos dos Usuários

- Os usuários têm direito à (art. 7º):

a) receber o serviço adequado;

b) receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses pessoais e coletivos;

c) obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha, observadas as normas do poder concedente;

d) levar ao conhecimento do Poder Público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado;

e) comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação de serviços;

f) contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhe são prestados os serviços.

- O art. 30 da Lei nº 8.987/95 e o art. 33 da Lei nº 9.074/95 prevêem a representação dos usuários na comissão encarregada da fiscalização da concessionária.

14.7 - Formas de Extinção da Concessão e seus Efeitos Jurídicos

- O art. 35 da Lei nº 8.987/95 enumera os seguintes casos de extinção da concessão:

a) advento do termo contratual;

b) encampação;

c) caducidade;

d) rescisão;

e) anulação

f) falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.

14.7.1 - Advento do Termo Contratual

- **O advento do termo contratual** é a forma mais comum de sua extinção. De acordo com o § 1º do art. 35, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário, conforme previsto no edital e estabelecido no contrato.

14.7.2 - Rescisão

- A **rescisão judicial** dar-se-á, a pedido do concessionário, quando inadimplente o poder concedente, ou a pedido do poder concedente, quando inadimplente o concessionário. A **composição patrimonial** levará em conta a **indenização** associada ao **capital ainda não amortizado** e a **reversão** dos bens para o Poder Público.

- Havendo culpa do poder concedente, deverá haver indenização sobre os **lucros** que o concessionário deixou de auferir (STF, *in* RDA 95/121). Entendo que esta indenização está associada ao lucro que, por meio da cobrança das tarifas, o concessionário teria direito até a rescisão judicial. Não engloba os lucros cessantes, ou seja, aqueles que o concessionário teria direito da rescisão até o término do contrato. Veja que o § 2º do art. 79 da Lei nº 8.666/93 estabelece, na hipótese de rescisão por culpa exclusiva da administração, o ressarcimento dos prejuízos regularmente comprovados, incluindo os pagamentos devidos pela execução do contrato **até a data de rescisão.**

- Por analogia, havendo rescisão por culpa exclusiva da Administração, cabe indenização associada ao pagamento das tarifas até a rescisão, o que inclui o lucro da concessionária (ver equação da tarifa).

- A **rescisão consensual** ocorre quando, por mútuo acordo, poder concedente e concessionária decidem extinguir a concessão. A composição patrimonial é amigável.

14.7.3 - Por Ato Unilateral do Poder Concedente

- A **extinção por ato unilateral do poder concedente**: ocorre na **encampação ou resgate** e na **caducidade ou decadência**.

- **Encampação** ou **Resgate -** por conveniência da Administração Pública. Exige lei específica e prévia indenização. Não há culpa da concessionária. Ver subitem 14.4.3.

- A indenização, consoante estabelecido no art. 37, deverá dar-se na forma prescrita no art. 36. Contemplará, portanto, as parcelas de investimentos vinculadas a bens reversíveis não amortizados. Não contemplará, a meu ver, os lucros cessantes. Primeiro, porque em regra a responsabilidade contratual do Poder Público não contempla os lucros cessantes (ver art. 79, § 2º, e art. 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93). Segundo, porque estabeleceria uma situação de gritante desequilíbrio - ao exigir do poder concedente um desembolso elevado e ao conceder vantagem extraordinária à concessionária, que receberia de uma vez só o lucro esperado em todo o prazo da concessão.

- Mencione-se que CABM entende devidos, na encampação, em face da ausência de culpa da concessionária, os lucros cessantes.

- **Caducidade** ou **Decadência -** na **caducidade** (art. 38), há culpa da concessionária, que queda inadimplente, parcial ou totalmente. Exige-se procedimento administrativo prévio, assegurada ampla defesa à concessionária. É declarado por decreto.

- Antes do procedimento administrativo, deve o poder concedente comunicar à concessionária as falhas ou transgressões, concedendo-lhe prazo para saná-las (art. 38, § 3º).

- A indenização será feita na forma do art. 36. Neste caso, como há culpa da concessionária, CABM entende que não incorpora os lucros cessantes.

14.7.4 - Anulação da Concessão

- Vale o disposto no art. 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93. A indenização deve albergar, tão-só, os danos emergentes até a data da anulação e as parcelas não amortizadas dos bens reversíveis.

14.7.5 - Falência do Concessionário, Extinção da Empresa ou Morte do Concessionário

- Em cada caso, deve-se atentar para a indenização devida, que está associada ao capital não amortizado, e ao titular do direito à indenização: massa falida e sucessores da empresa ou do **de cujus**.

14.8 - Síntese da Composição Patrimonial no Encerramento da Concessão

- Em caso de culpa da concessionária (anulação, rescisão judicial e caducidade): indenização derivada do capital não amortizado vinculado aos bens reversíveis, considerando-se, ainda, a depreciação dos bens. O contrário daria ensejo a enriquecimento sem causa da administração.

- Em caso de ausência de culpa da concessionária (anulação, rescisão judicial e encampação): a rescisão deve contemplar os danos emergentes, o capital não amortizado vinculado aos bens reversíveis e os lucros embutidos nas tarifas que deixaram de ser cobradas até a extinção do contrato.

14.9 - Responsabilidade do Concessionário e Subsidiária do Estado

- A literalidade do art. 37, § 6º, da CF exige que a responsabilidade dos concessionários por danos causados a terceiros seja objetiva, ou seja, prescinda da comprovação de culpa, bastando a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

- Segundo CABM, a responsabilidade objetiva só se aplica nos atos comissivos. Nos atos omissivos, cabe a demonstração de culpa pelo terceiro prejudicado.

- No caso de insolvência do concessionário, cabe responsabilidade subsidiária do Estado por danos infligidos a terceiros pelo concessionário, decorrentes da atividade de prestação do serviço público (CABM).

- Não concorrem para a massa falida os bens reversíveis, por estarem afetados ao serviço público. Entretanto, cabe ao Estado indenizar os credores por esse montante.

14.10 - Permissão de Serviço Público

- A **permissão**, segundo conceito tradicional aceito pela doutrina, é **ato unilateral e precário, *intuitu personae*, através do qual o Poder Público transfere a alguém o desempenho de serviço de sua alçada, proporcionando, à moda do que faz na concessão, a possibilidade de cobrança de tarifas dos usuários.**

- É utilizado quando o particular não necessita alocar grandes capitais para a prestação do serviço público, de forma que a revogação unilateral pelo poder concedente não

causa maiores transtornos ao permissionário, uma vez que não há falar em indenização na hipótese.

- A prática administrativa, entretanto, mostrou que o Poder Público utilizou-se indevidamente da permissão em situações em que a concessão era de rigor.

- Daí nasceu um dissenso doutrinário. A boa doutrina e a jurisprudência, entretanto, entenderam que não havia falar em permissão quando a situação ensejadora do liame entre o particular e poder concedente era típica de concessão. Dessa forma, muitas permissões ensejaram o pagamento, pelo Estado, de indenizações derivadas da extinção unilateral do liame.

- O art. 175, I, da CF parece conferir caráter contratual à permissão.

- O art. 40 da Lei nº 8.987/93 estabelece que a **permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão que observará os termos desta lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente.** O parágrafo único deste artigo estabelece que **às permissões aplica-se o disposto nesta lei.**

- A crítica a definição legal centra-se no termo **contrato de adesão**. A permissão não é contrato e só pode ser utilizada nas hipóteses cabíveis, ou seja, quando o particular não é obrigado a aportar capitais vultosos para a prestação do serviço. Se utilizada de forma errônea, cabe sempre a indenização ao permissionário.

XV - BENS PÚBLICOS

15.1 - Introdução

- Além de poderes e meios jurídicos para expressá-los, a Administração necessita de meios materiais para realizar as suas atividades;
- Além disso, há coisas fundamentais à vida dos indivíduos em coletividade (ruas, praças, rios etc.).

15.2 - Terminologia

- Coisa, para o Direito, é tudo que pode ser objeto de relação jurídica.

- Há divergências quanto à sinonímia perfeita entre coisas e bens, contudo neste estudo serão considerados sinônimos.

- Bem é a terminologia escolhida pela doutrina e legislação.

- Domínio público pode ser usado no sentido de patrimônio público.

- A doutrina francesa e italiana não considera os **bens dominicais**, como de domínio público, mas de domínio privado do Estado, levando a supor que o Estado teria domínio norteado pelo direito privado, o que não é admissível.

15.3 - Conceitos

- Bem público:

- Legal: CC, art. 65: "são públicos os bens de domínio nacional pertencentes à União, aos Estados e aos Municípios".

- Doutrinário: bens públicos "são todos os bens pertencentes as pessoas jurídicas de direito público ..., bem como os que, embora não pertencentes a tais pessoas, estejam afetados à prestação de um serviço público" (CABM). Nesse sentido, também, Diógenes Gasparini.

Nessa linha, somente seriam bens públicos aqueles sujeitos a regime de direito público.

"São todas as coisas corpóreas ou incorpóreas, imóveis, móveis e semoventes, créditos, direitos e ações, que pertença, a qualquer título, às entidades estatais, autárquicas e paraestatais" (HLM);

O ordenamento brasileiro inclina-se à publicização dos bens pertencentes às empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades controladas. Hely L. Meirelles entende que os bens pertencentes a essas empresas são patrimônio público **lato sensu.**

Normas referentes à alienação de bens dessas empresas estão contidas na Lei 8.666/93 (arts. 1º, § único, 17, § 6º).

O TCU exerce fiscalização patrimonial sobre esses bens (CF, arts. 70 e 71).

A lesão ao patrimônio dessas empresas pode ser objeto de ação popular (Lei 4.717/65, art. 1º).

O regime de dominialidade pública não é equivalente ao da propriedade privada.

Domínio público: estrito senso, é o conjunto de bens públicos (propriedade estatal); lato senso, inclui o conjunto de poderes sobre a propriedade privada (casa de particular, tombada).

"É o poder de dominação ou regulamentação que o Estado exerce sobre os bens de seu patrimônio (bens públicos), ou sobre os bens do patrimônio privado, ou sobre as coisas inapropriáveis individualmente, mas fruíveis coletivamente."

Decorrem do domínio público: as limitações ao uso da propriedade privada; as servidões administrativas; a desapropriação; as medidas de polícia; o regime especial de certos bens particulares.

15.4 - Tipologia

- Quanto à natureza: corpóreos e incorpóreos; móveis, imóveis e semoventes, fungíveis e infngíveis.

- Quanto aos aspectos geográficos: terrestres, hídricos (marítimos, fluviais e lacustres); hídrico-terrestres (portos);

- Quanto aos titulares: federais, estaduais e municipais:

- bens públicos da União (CF, art. 20, I, II, III, IV, V, VI, VII, IX, X, XI); rol não-taxativo;

- bens públicos dos Estados (CF, art. 26, I, II, III, IV); idem;

- bens municipais: aqueles incluídos nos limites do Município e não pertencentes à União ou ao Estado;

- bens das entidades estatais;

- bens do Distrito Federal: aqueles em seu território que pertenceriam ao Estado-membro ou ao Município;

- Quanto à destinação:

- uso comum (CC, art. 66, I): são destinados ao uso indistinto de todos (mares, ruas, praças); o uso pode ser gratuito ou retribuído (CC, art. 68);

- uso especial (CC, art. 66, II): são destinados a um serviço ou estabelecimento público (repartições públicas, locais onde estão disponíveis serviços públicos: teatros, universidades, museus);

- dominicais ou dominiais (CC, art. 66, III): são os próprios do Estado como objeto de direito real, não aplicados ao uso comum ou especial (desafetados).

15.5 - Afetação e Desafetação

- Afetação é a atribuição de uma destinação específica a um bem ao uso comum ou especial.

- Desafetação é a retirada da destinação.

- Afetação ao uso comum pode provir tanto do destino natural do bem (mares, rios, ruas) – implícita - quanto por lei ou ato administraivo - explícita.

- Desafetação de uso comum, ou seja, trespasse do bem à categoria de dominical

depende de lei ou ato administrativo dependente dela; implícita, como no caso de operação urbanística que torna inviável o uso de uma rua como via de circulação.

- Desafetação de bem de uso especial, passando-o para a categoria de dominical, também depende de lei ou ato administrativo (transferência de determinado serviço de prédio para outro) ou pode se dar pela própria natureza (terremoto destruir prédio onde funcionava repartição pública); explícita, como a autorização legislativa para venda de bens de uso especial.

<u>15.6 - Regime Jurídico</u>

- Inalienabilidade ou alienabilidade nos termos da lei: CC, art. 67:

- os bens de uso comum ou especial não são alienáveis, enquanto conservarem essa qualificação; antes da alienação precisam ser desafetados;

- a Lei 8.666/93 (arts. 17 a 19) traz as normas para alienação de bens públicos, condicionando-a a existência de interesse público e avaliação;

- o DL 9.760/46 (arts. 134 a 174) contém normas sobre alienação de bens imóveis da União;

- Imprescritibilidade

- o transcurso do tempo não pode resultar em apropriação de terceiros;

- tem por finalidade a proteção do bem público, até contra a negligência da própria Administração;

- a CF veda usucapião de imóveis públicos situados em zona urbana (art. 183, § 3º) e em zona rural (art. 191, § único);

- Súmula 340 STF: "Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião";

- usucapião **pro labore**; no passado, quem, não sendo proprietário, ocupasse por 10 anos ininterruptos, modesta extensão.

- Impenhorabilidade

- consiste na impossibilidade de execução forçada, ou seja, penhora sobre bens públicos;

- CF, art. 100: disciplina os pagamentos devidos pela Fazenda Pública;

- CPC, art. 649, I: reza que são impenhoráveis os bens inalienáveis.

- Impossibilidade de oneração

- CC, art. 756: "só as coisas que se podem alienar poderão ser dadas em penhor, anticrese e hipoteca".

- Imunidade de imposto

- CF, art. 150, VI, **a**: imunidade recíproca dos impostos sobre **patrimônio,** rendas e serviços;

- Extensível ao patrimônio das autarquias e fundações públicas (idem, § 2º).

15.7 - Bens do Domínio Hídrico

- águas salgadas e doces, compreendendo o mar territorial, bem como as águas dormentes e correntes qualificáveis como públicas;
- legislação: Código de Águas (Dec. 24.643, de 10.7.1934).

15.7.1 - Águas Públicas de Uso Comum

a) o mar territorial, incluindo golfos, baías enseadas e portos (art. 2.º, **a**, CA); é a faixa de 12 milhas marítimas (milha=1852m) de largura, contadas a partir da linha do baixa-mar do litoral continental (Lei 8.617/93, art. 1.º); é de domínio da União (art. 20, VI, CF);

b) as correntes, canais, lagos e lagoas navegáveis ou flutuáveis (art. 2.º, **b**, CA); ver art. 6.º do Dec. 2.281/40, que define águas flutuáveis e navegáveis; não se incluem os lagos e lagoas, desde que situados em um só prédio particular e não sejam alimentados por uma corrente de uso comum (art. 2.º, § 3.º, CA);

c) as correntes de que se façam essas águas (art. 2.º, **c**, CA);

d) as fontes e reservatórios públicos (art. 2.º, **d**, CA);

e) as nascentes, quando influam na navegabilidade ou flutuabilidade (art. 2.º, **e**, CA);

f) as águas situadas em zonas periodicamente assoladas pela seca (art. 5.º, CA).

15.7.2 - Águas Públicas Dominicais

Todas que se situem em terrenos que também o sejam, quando não forem de uso comum ou não forem águas comuns (art. 6.º CA); são águas comuns as correntes não navegáveis ou flutuáveis e de que essas não se façam (art. 7.º CA).

15.7.3 - Águas Particulares

São as situadas em terrenos particulares, desde que não se enquadrem como águas públicas ou comuns (art. 8.º CA).

15.7.4 - Domínio das Águas Públicas

a) da União: lagos, rios e quaisquer correntes em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, ou sirvam de limites com outros países, ou se estendam a territórios estrangeiros ou dele provenham (art. 20, III, CF); o mar territorial (art. 20, VI, CF); as águas em depósito decorrentes de obra da União (art. 26, I, CF); os potenciais de energia hidráulica são da União (CF, art. 20, VIII);

b) dos Estados: as demais águas públicas, inclusive as subterrâneas (art. 26, I, CF);

c) como a CF não previu águas municipais, considera-se revogado o art. 29,III, do CA, que atribuía aos Municípios determinadas águas.

15.7.5 - Definições

- Mar territorial é a faixa de 12 milhas marítimas (milha = 1852 m) de largura, contadas a partir da linha do baixa-mar do litoral continental (Lei 8.617/93, art. 1.º):

- a soberania do Brasil estende-se ao espaço aéreo sobrejacente, ao seu leito e subsolo (art. 2.º);
- passagem inocente de navios – quando não desafiar a paz, a segurança e a boa ordem do país;
- os navios estrangeiros estarão sujeitos aos regulamentos brasileiros (art. 3.º, § 3.º).

- Zona contígua é a faixa que se estende das doze às 24 milhas marítimas (art 4.º da Lei 8.167/93):

- o Brasil poderá tomar medidas de fiscalização: evitar e reprimir infrações às leis e aos regulamentos aduaneiros, fiscais, de imigração e sanitários (art. 5º).

- Zona economicamente exclusiva é a faixa que se estende das 12 às 200 milhas marítimas (art. 6º):

- o Brasil tem soberania não-exclusiva para exploração de recursos naturais vivos ou não-vivos, das águas, do leito e do subsolo.

- Plataforma Continental: Leito e subsolo das áreas submarinas que se estendem além do mar territorial até o bordo exterior da margem continental (o solo submarino descende abruptamente) ou até a distância de 200 milhas marítimas (arts. 11 a 14 da Lei 8.167/93):

- fonte de riqueza mineral; viveiro da fauna e da flora marinha;
- a CF atual não a arrola como bem da União, no entanto ca CF anterior o fez (art. 4.º, III), de modo que o domínio foi mantido pelo art. 20, I, da CF atual;
- os recursos naturais nela encontrados pertencem à União (CF, art. 20, V).

15.7.6 - Rios Públicos:

- situados em terrenos públicos;
- os navegáveis ou flutuáveis;
- os que fazem os rios navegáveis ou flutuáveis;
- os que determinem a navegabilidade.

15.7.7 - Rios da União:

- situado em terras federais;
- banhem mais de um Estado;
- servem de limites com outros países;
- estendam-se ou provenham de território estrangeiro;
- os demais rios são estaduais.

15.7.8 - Lagos e Lagoas Públicos:

- sitos em terras públicas;
- navegáveis ou flutuáveis, ressalvados os cercados por um só prédio particular, que não sejam alimentados por correntes públicas (CA, art. 2.º, § 3,º).

15.7.9 - Lagos e Lagoas da União

- idem rios federais;
- os demais são estaduais.

15.8 - Bens do Domínio Terrestre

15.8.1 - Domínio do solo:

15.8.1.1 - Terras Devolutas

- terra devolvida; que retornou ao domínio público;
- conceito: são terras não destinadas a qualquer uso público nem incorporadas ao domínio privado;
- são bens dominicais; em regra são disponíveis (alienáveis nos termos da lei);
- por outro lado, são indisponíveis (sob regime jurídico idêntico aos bens de uso especial e de uso comum) as terras devolutas, inclusive as arrecadadas pelos Estados em ações discriminatórias, necessárias à proteção de ecossistemas naturais (art. 225, § 5.º, CF);
- terras devolutas da União: as indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental (CF, art. 20, II) ; DL 9.760/46, arts. 1.º e 5.º;
- terras devolutas dos Estados: as que lhes foram transferidas pela CF de 1891 e não foram repassadas aos Municípios;
- processo discriminatório (Lei 6.383, de 7.12.1976): para separar terras devolutas das terras privadas;
- há terras devolutas que estão atreladas a finalidades públicas (defesa de fronteiras e proteção de ecossistemas – CF, art. 225, § 5.º) , mesmo assim são consideradas dominicais;
- faixa de fronteira: 150 km ao longo das fronteiras terrestres (CF, art. 20, § 2º).

15.8.2 - Histórico:

- descobrimento: todas terras eram públicas e pertencentes à Coroa Portuguesa; formação das capitanias hereditárias e concessão de **sesmarias** (regime enfitêutico) pelos donatários; sesmarias eram glebas de terras públicas concedidas aos particulares interessados em cultivá-las, mediante o pagamento de uma renda calculada sobre os frutos;
- em 1822: foi suspensa a concessão de sesmarias; iniciando-se a fase de **ocupação**; como não havia legislação disciplinando o uso das terras, as pessoas tomavam posse e começavam a cultivá-las;
- em 1850: Lei de terras (Lei n.º 601, de 18.9.1850) fez retornar ao domínio público (ao Império) terras cedidas e não cultivadas – terras devolutas – e regularizou as ocupações produtivas;
- em 1891: CF, art. 64, transferiu aos Estados as terras devolutas no âmbito de seus respectivos territórios, reservando a União aquelas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações, construções militares e estradas de ferro federais; muitos Estados

transferiram-nas aos Municípios.

15.9 - Terrenos de Marinha

- faixas de terra de 33m, contados horizontalmente, a partir da linha de preamar (maré alta) médio de 1831, para o interior das terras banhadas pelo mar (art. 2.º DL 9.760/46);
- também as que se encontram às margens dos rios ou lagoas que sofram a influência das marés e as terras que contornam as ilhas situadas em zonas sujeitas a mesma influência (art. 2.º e § único do DL 9760/46);
- critério prático: em face de dificuldades de demarcação, foi utilizada pelo então SPU (atualmente SEAP, integrante do Ministério de Orçamento e Gestão – MP 1.799), em substituição à linha de preamar médio em 1.831, a linha do JUNDU, caracterizada pelo início de uma vegetação (jundu), sempre existente além da praia;
- influência das marés é a oscilação periódica do nível médio das águas igual ou superior a 5cm (art. 2.º, p. único, DL 9.760/46);
- pertencem à União (CF, art. 20, VII);
- são bens públicos dominicais;
- não devem ser confundidos com praias (parte coberta e descoberta pelo movimento das águas);
- **praia,** diferentemente, é bem de uso comum (CF, art. 20, IV);
- importância na defesa do território e na percepção de renda para o Estado (foros e laudêmios);
- utilização privativa por particulares, mediante enfiteuse ou aforamento (ADCT, art. 49, § 3.º).

15.10 - Terrenos Marginais (reservados ou ribeirinhos)

- faixas de terra à margem das correntes navegáveis, livres da influência das marés, numa extensão de 15 m, contados da linha média das enchentes ordinárias (art. 4.º DL 9.760/46);
- excluem-se aquelas à margem de correntes públicas que apenas concorrem para tornar outras navegáveis ou flutuáveis;
- pertencem à União quando marginais de águas federais (CF, art. 20, III);
- pertencem aos Estados quando não forem marginais de rios federais, se não forem municipais ou particulares;
- Súmula 479 STF: "as margens dos rios navegáveis são de domínio público, insuscetíveis de expropriação e, por isso mesmo, excluídas de indenização"; definiu a propriedade pública desses terrenos;
- são bens dominicais, se não estiverem destinados ao uso comum.

15.11 - Terrenos Acrescidos (de marinha ou marginais)

- são os que tiverem se formado, natural (aluvião ou avulsão) ou artificialmente, para

o lado do mar ou dos rios e lagoas, em seguimento aos terrenos de marinha ou marginais (Lei 9760/46, art. 3.º); bem como a parte do álveo que se descobrir pelo afastamento das águas (CA, art. 16 – Decreto 24.643, de 10.7.34);

- pertencem ao mesmo ente proprietário do terreno de marinha ou marginal;
- são bens dominicais, se não estiverem destinados ao uso comum.

15.12 - Ilhas

- pertencem à União as ilhas oceânicas (distantes da costa e nada têm a ver com o relevo continental) e costeiras (próximas à costa), bem como as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limites com outros países (CF, art. 20, IV);
- pertencem à União as ilhas localizadas em suas águas;
- as demais pertencem aos Estados-membros (art. 26, III), se não forem municipais ou particulares;
- são bens dominicais, embora possam ser de uso comum (CA, art. 25).

15.13 - Terras Indígenas

- pertencem à União (CF, art. 20, XI);
- terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são as habitadas por eles em caráter permanente, as utilizadas para as suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural (CF, art. 231, § 1º);
- são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis (art. 231, § 4º);
- cabe-lhes o usofruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos (§ 2º).

15.14 - Domínio do Subsolo

- cavidades subterrâneas (CF, art. 20, X);
- jazidas minerais (CF, art. 20, IX);
- são bens dominicais;
- **jazida**: massa de minério no solo ou subsolo, que tenha valor econômico (Dec. 62.934/68, art. 6º);
- **mina** é a jazida em lavra;
- pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto em lavra (CF, art. 176);
- a pesquisa e a lavra somente serão efetuadas mediante autorização ou concessão da União (§ 1º);
- ao proprietário do solo é garantida participação nos resultados da lavra, na forma da lei (§ 2º);
- monopólio da União: pesquisa e lavra de jazidas de petróleo e gás (CF, art. 177, I); a pesquisa e lavra de minérios e minerais nucleares (CF, art. 177, V);

- a União poderá contratar com empresas privadas a pesquisa e a lavra de petróleo e gás (§ 1º).

15.15 - Formas de Alienação de Bens Públicos

- pelas mesmas formas previstas no direito privado (compra-venda, doação, permuta...) e por formas específicas de direito público (desapropriação e determinação legal – art. 22 da Lei 6.766/79: loteamentos;

- sujeição à Lei 8.666/93 (arts. 17 a 19).

15.16 - Formas de Utilização dos Bens Públicos

- depende da espécie do bem (uso comum, uso especial ou dominical).

15.16.1 - Utilização dos Bens de Uso Comum

- são, em geral, abertos à livre utilização de todos, desde que a utilização seja ordinária, e correspondente à própria destinação do bem (todos podem transitar pela rua, sentar-se nos bancos da praça, tomar sol na praia, banhar-se no mar);

- prescinde-se de ato administrativo autorizador ou de comunicação prévia à autoridade;

- a utilização deve realizar-se nos moldes das normas gerais a todos aplicáveis (veículos transitando nas ruas: regras de trânsito e habilitação);

- pode ser gratuito ou remunerado (pedágio, imposto a todos como regra geral);

- é possível utilização anormal, mas episódica e de curta duração, dos bens de uso comum, desde que haja prévia comunicação à autoridade administrativa e emissão de ato administrativo autorizador (trânsito nas estradas de veículos excepcionalmente longos; comícios e passeatas em logradouro público)

- instrumento próprio para esses casos é a **autorização de uso**: ato unilateral, pelo qual a autoridade faculta o uso do bem;

- hipótese de utilização anormal do bem público de uso comum é uso de parte dele, por um particular, com exclusividade (banca de cigarros ou de jornal em praças);

- depende de **permissão de uso**: ato unilateral, precário (revogável a qualquer tempo) e discricionário quanto à decisão de outorga, pelo qual se faculta alguém o uso exclusivo de um bem público;

- sempre que possível, mediante licitação, ou procedimento que assegure tratamento isonômico dos administrados (ordem de inscrição).

15.16.2 - Utilização de Bens de Uso Especial

- uso faz-se de acordo com as condições da prestação dos serviços, que se destinam a todos (museus, bibliotecas, teatros);

- é possível o uso exclusivo, por particulares, dos bens de uso especial (boxes em mercados públicos ou centros de abastecimento); nessa hipótese, pode-se utilizar a **permissão ou a concessão de uso**;

- concessão de uso: é o contrato administrativo, pelo qual a Administração trespassa a alguém o uso de bem público para finalidade específica; não é precário e se a Administração pretender rescindi-lo antes do tempo deverá indenizar o concessionário.

15.16.3 - Utilização de Bens Públicos Dominicais

- pode-se realizar por diferentes instrumentos jurídicos de direito privado (locação, arrendamento e comodato, enfiteuse) e de direito público (permissão de uso, concessão de uso, concessão de direito real de uso);

- o comodato: empréstimo gratuito de coisas infungíveis (art. 1248 CC); como é caracterizado pela gratuidade, deve ser conferido a instituições que desenvolvam atividades de utilidade pública, sem fins lucrativos;

- arrendamento é enfiteuse por tempo limitado (art. 679 CC);

- concessão de direito real de uso: é o contrato pelo qual a administração transfere como **direito real** resolúvel o uso remunerado ou gratuito de terreno público, para ser utilizado com fins específicos, por tempo certo ou por prazo indeterminado (art. 7.º do DL 271, de 28.2.67); o direito real nela instaurado transfere-se por ato *inter vivos* ou *mortis causa* (art. 7.º, § 4.º);imediata adesão à coisa; direito de seqüela (persecução do bem); é protegido por ação real; é oponível *erga omnes*;

- enfiteuse ou aforamento (arts. 678 a 694 CC; arts. 99 a 124 do DL 9.760/46 – bens da União): confere a alguém (enfiteuta ou foreiro), perpetuamente, os poderes inerentes ao domínio, com a obrigação de pagar ao dono uma renda anual (foro, cânon ou pensão) e a de conservar-lhe a substância; refere-se apenas à bens imóveis;

- a renda é certa e invariável; o direito real é transferível onerosa ou gratuitamente, desde que seja dado aviso ao senhorio (dono);

- no caso de venda, o senhorio tem direito à preferência; não se valendo dela, faz jus ao laudêmio (percentagem fixa sobre o valor da venda – 2,5% segundo o CC ou 5%, segundo o DL 9.760/46);

- o senhorio tem domínio direto, o foreiro, domínio útil;

- deixando o foreiro de pagar o foro ao senhorio, por três anos consecutivos, sofre o comisso (perda do aforamento);

- o foreiro pode: usar, gozar, dispor dos frutos, produtos ou rendas do bem, mas não pode mudar-lhe a substância ou deteriorá-lo.

XVI - RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO

16.1 - Introdução

É o dever de ressarcir os prejuízos em decorrência de atos lícitos ou ilícitos do Estado.

16.2 - Responsabilidade e Sacrifício de Direito

Quando houver sacrifício de direito intentado pela Administração Pública => Ex.: desapropriação => dever de indenizar àquele cujo direito foi sacrificado, a fim de realizar outro interesse maior.

Quando houver violação mediata ou indireta, em decorrência de atos da Administração Pública => responsabilidade extrapatrimonial (A Administração Pública não intenta, mas fere direito). Ex.: nivelamento de rua => cabe indenização àqueles que ficaram abaixo do nível da rua.

16.3 - Originalidade da Responsabilidade Pública

Atuação positiva do Estado Social // Auto-executoriedade => Aumento do risco de produzir prejuízos.

A solidariedade coletiva impõe o dever de repartir os custos particulares das ações que intentam atingir o bem comum.

Responsabilidade objetiva - independente de culpa.

16.4 - Evolução da Responsabilidade por Atos Administrativos

Evolução: princípios da Irresponsabilidade do Estado, Responsabilidade do Estado, Responsabilidade Subjetiva do Estado, Responsabilidade Objetiva do Estado.

a) Princípio de Irresponsabilidade do Estado

- estados monárquicos absolutistas => "The King can do not wrong";
- havia, por vezes, a responsabilidade do funcionário;
- fim da aplicação desta teoria:
    - EUA => 1946;
    - Inglaterra => 1947;

b) Responsabilidade do Estado

Caso Agnès Blanco (1873) => vagonete de empresa pública atropelou uma criança => o Conselho de Estado entendeu que a responsabilidade patrimonial estatal deve ser julgada com base em regras especiais, distintas daquelas do direito privado. Condenou o Estado a indenizar.

c) Responsabilidade Subjetiva do Estado

Responsabilidade subjetiva => decorre de dolo ou culpa individual do

funcionário.

Esta teoria civilista foi superada pela teoria da "falta de serviço" ou "culpa de serviço" (faute du service) => ocorre falta de serviço quando o serviço público não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado => gera ao Estado o dever de indenizar.

Ainda não é a "responsabilidade objetiva", que prescinde de dolo ou culpa.

A teoria da "falta de serviço" gera, em princípio, uma presunção de culpa da Administração Pública. Esta pode elidir tal presunção, demonstrando que se comportou com diligência, perícia e prudência.

d) Responsabilidade Objetiva do Estado

Requisitos da Teoria do Risco Administrativo: ação do Estado resulte danoso e nexo de causalidade entre a ação e o resultado => surge o dever de indenizar do Estado.

Distingue-se:

- Atos comissivos da Administração Pública => responsabilidade objetiva.
- Atos omissivos da Adminsitração Pública => responsabilidade subjetiva.
- Atos ilícitos => surge a responsabilidade da Administração Pública.
- Atos lícitos => só surge a responsabilidade da Administração Pública quando o ônus imposto a particular é especial e acentuado.

16.5 - Sujeitos que Comprometem o Estado

Agentes Públicos e Estado não se bipartem. O agente fala e age em nome do Estado.

Incide a responsabilidade objetiva em relação a todos os órgãos e entidades da Administração direta e indireta, aos concessionários, permissionários de serviço público e nos delegados de função pública.

O importante é se a qualidade de agente público foi determinante para a conduta lesiva.

16.6 - Caracteres de Conduta Lesiva Ensejadora de Responsabilidade

a) Danos por ação do Estado

Atos lícitos

Ex.:
- fechamento do centro da cidade a automóveis => surge dever de indenizar os proprietários de edifícios-garagem.
- nivelamento de rua => surge dever de indenizar os proprietários da casas acima ou abaixo do nível da rua.

Atos ilícitos

Ex.: - apreensão de jornais fora das hipóteses legais.

- espancamento de prisioneiro.

b) Danos por omissão do Estado

Só surgem quando o Estado tem o dever de impedir o dano => responsabilidade subjetiva.

O Estado não é segurador universal.

Ex.: Alagamento de casas por falta de conservação dos bueiros e galerias pluviais.

Assaltos diante de policiais inertes.

c) Danos dependentes de situação propiciatória de risco

Ex.: Assassinato de presidiário por outro presidiário.

Explosão de depósito militar por raio.

Vazamento de central nuclear por causa de avalanche.

Nestes casos, surge a responsabilidade objetiva, porque houve uma prévia ação do Estado, que propiciou o risco.

Ex.: um presidiário mata outro presidiário => há responsabilidade objetiva.

Teoria da causalidade direta

Ex.: Presidiários fogem:

- na fuga, roubam um automóvel particular => responsabilidade objetiva;

- 4 meses depois, roubam um automóvel particular => não há responsabilidade objetiva.

16.7 - Dano Indenizável

Nos comporamentos estatais lícitos, o dano deve ser especial e anormal.

Dano especial => não é genérico => onera a situação particular do indivíduo.

Dano anormal => supera os meros agravos decorrentes do convívio social.

16.8 - Excludentes de Responsabilidade do Estado

Responsabilidade objetiva => falta de nexo da causalidade entre a ação e o resultado.

Ex.: culpa exclusiva do lesado => cidadão joga-se à frente do carro.

Força maior => maremoto ou terremoto arremessa viatura pública sobre lojas.

16.9 - Responsabilidade Objetiva no Brasil

O § 6º do art. 37 (CF) derrogou o art. 15 do Código Civil => vigora a responsabilidade objetiva do Estado.

A CF de 1946 introduziu a responsabilidade objetiva do Estado.

16.10 - Direito de Regresso

O § 6º do art. 37 assegura o direito de regresso do Estado contra seu servidor.

A responsabilidade do funcionário é subjetiva.

O lesionado pode propor ação contra o Estado, contra o agente ou contra ambos.

A denunciação da lide **in casu** não é obrigatória. Prejudicaria o lesado. Apesar de o CPC estipular que a denunciação da lide é obrigatória àquele que esteve obrigado a indenizar em ação regressiva o prejuízo.

São duas relações distintas:

Estado X lesado => responsabilidade objetiva;
Servidor X Estado => responsabilidade subjetiva.

16.11 - Responsabilidade do Estado por Atos Legislativos

Regra => irresponsabilidade.

Poder Legislativo atua no exercício de soberania, só se curvando à Constituição.

Poder Legislativo edita normas gerais e abstratas a toda a coletividade.

Não se pode responsabilizar o Estado por atos de parlamentares eleitos.

Leis inconstitucionais podem acarretar responsabilidade do Estado.

Leis em sentido formal => leis de efeitos concretos => geram responsabilidade objetiva.

Ex.: Lei que cria reserva florestal do Vale do Paraíba => deve-se indenizar o proprietário de fazenda que explora mogno.

16.12 - Responsabilidade do Estado por Atos Jurisdicionais

Regra => irresponsabilidade

Razões:

- o Poder Judiciário é soberano;
- os juízes devem agir com independência, sem o temor da responsabilização do Estado;
- o § 6º do art. 37 não incide em relação aos juízes, que não são servidores públicos **stricto sensu**;
- a indenização por dano decorrente de decisão judicial infringe a regra de imutabilidade da coisa julgada.

Contra-razões:

- nenhum dos Poderes é soberano => o Estado é que é soberano;
- todos os agentes públicos devem agir com independência;
- o juiz ocupa cargo público. O art. 37, § 6º utiliza o termo "agente";
- argumento mais forte => a coisa julgada;
- o Direito positivo mitiga a responsabilidade objetiva do Estado por ato jurisdicional;

Direito Penal

- Art. 5º, LXXV - "O Estado indenizará o condenado por erros judiciários,

assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença".

Logo a responsabilidade do Estado dependerá de revisão criminal provida.

Juristas brasileiros afirmam que o que se pretende é a indenização ao prejudicado, mesmo que a coisa julgada não possa ser mais modificada.

Jurisprudência brasileira não aceita a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais.

Direito Civil

- Art. 133 do CPC prevê a responsabilidade pessoal do juiz por dolo, fraude, recusa, omissão ou retardamentos não justificados.

XVII – A EMENDA CONSTITUCIONAL N° 19/98

17.1 - A Reforma Administrativa do Estado

A reforma do aparelho estatal vem sendo implementada de acordo com o Plano Diretor da Reforma do Estado, elaborado pelo extinto Ministério da Administração e Reforma do Estado - MARE, aprovado pela Câmara da Reforma do Estado, na reunião de 21 de setembro de 1995.

O Plano foi elaborado por determinação do Presidente da República para definir objetivos e estabelecer diretrizes para a reforma da Administração Pública Brasileira, reorganizando as estruturas da Administração com ênfase na qualidade e produtividade do setor público.

Pretendeu-se criar condições para o desenvolvimento de uma Administração Pública calcada em conceitos de administração e eficiência, orientada para o controle de resultados. Essa nova Administração teria o cidadão como "*cliente privilegiado*" dos serviços públicos prestados pelo Estado, atendendo-o por intermédio de uma atuação mais descentralizada, através de parcerias com entidades não-estatais.

17.1.1 - Conceitos

a) **Núcleo Estratégico**: É o setor onde as decisões estratégicas são tomadas. Corresponde aos Poderes Legislativo e Judiciário, ao Ministério Público e, no Poder Executivo, ao Presidente da República, aos ministros de Estado e seus auxiliares e assessores diretos, responsáveis pelo planejamento e formulação de políticas públicas. É o Governo, propriamente dito.

b) **Atividades Exclusivas**: Compõem-se dos serviços que só o Estado pode realizar, que decorrem dos poderes de fiscalizar, regulamentar e fomentar. Tem-se como exemplo: a cobrança e fiscalização dos impostos, a previdência social básica, o subsídio à educação básica etc. Serão executados pelas chamadas agências autônomas.

c) **Serviços não-exclusivos**: Setor em que o Estado atua concomitantemente com outras organizações não-estatais, prestando serviços concernentes a direitos humanos fundamentais, como saúde e educação. As instituições estatais atuantes neste setor não tem o poder de Estado. É o caso de universidades, hospitais, museus etc. Tais serviços seriam prestados pelas organizações sociais

d) **Produção de bens e serviços para o mercado**: Área das atividades econômicas empresariais, voltadas para o lucro, mas que ainda permanecem no Estado.

e) **Propriedade pública não-estatal:** Trata-se de um **tertium genus** agregado à dicotomia clássica entre propriedade privada e propriedade estatal. É constituída pelo patrimônio das organizações sociais sem fins lucrativos, voltadas diretamente ao atendimento do interesse público, cuja propriedade não pertence a indivíduo ou grupo algum. Cabe salientar que as formas de propriedade têm adequação diferida para cada setor do aparelho estatal.

f) **Contrato de gestão:** É o meio pelo qual o núcleo estratégico e as entidades que não executam as atividades e os serviços não-exclusivos do Estado estabelecerão as metas, quantitativas e qualitativas, e os meios de atingimento destas. É instrumento de educação, controle e sanção dos entes descentralizados e auxiliares do Estado.

17.1.2 - Objetivos Principais do Plano Diretor

- aumento de governabilidade do Estado, orientando suas ações para o atendimento e satisfação dos "*cidadãos-clientes*";
- limitação da ação estatal àquelas funções que lhe sejam próprias, preordenando os serviços não-exclusivos para a propriedade pública não-estatal, e a produção de bens e serviços para a iniciativa privada;
- transferência para estados e municípios das ações de caráter local, remanescendo à União somente as ações de caráter emergencial;
- transferência das ações de caráter regional para os estados, de maneira a proporcionar uma maior parceria entre os estados e a União.

17.2 - Organizações sociais e agências autônomas

A moldura institucional na qual teria lugar a Reforma já viceja entre nós, com a edição da Lei n° 9.637, de 15 de maio último, e do Decreto n° 2.487, de 2 de fevereiro do ano em curso. Estes diplomas legais dispõe, respectivamente, sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, criando o Programa Nacional de Publicização, e sobre a qualificação de autarquias e fundações como agências executivas, estabelecendo critérios e procedimentos para a elaboração, acompanhamento e avaliação dos contratos de gestão.

O ineditismo destas formas organizacionais marca uma nova fase no panorama institucional no Brasil, inaugurada pelo Programa Nacional de Desestatização - PND -, que vem logrando reduzir a participação do Estado na produção voltada para o mercado.

Por intermédio desta nova tipologia de entidades, garantir-se-á significativa redução nas componentes burocráticas verificadas no setor de atividades exclusivas do Estado, bem como a maciça diminuição da presença estatal na prestação de serviços não-exclusivos, tudo dentro de uma nova perspectiva de eficiência e aferição de resultados.

Como é sabido, o Estado Social não tem condições de atender satisfatoriamente aos múltiplos serviços públicos de interesse coletivo que lhe incumbem. A idéia de "publicização" decorre da possibilidade desses serviços serem executados por entes públicos

não-estatais, como associações ou consórcios de usuários, fundações e organizações não governamentais sem fins lucrativos, sempre sob a fiscalização e supervisão imediata do Estado. Não se deve pensar em retorno ao antigo Estado Liberal. Ao contrário, tem-se um novo Estado Social que chama a sociedade, por intermédio das organizações privadas, a colaborar na consecução dos fins sociais do Estado.

O Programa Nacional de Publicização tem por escopo a qualificação como **organizações sociais (OS)**, de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde (art. 1º, **caput**, da Lei nº 9.637/98).

A organização assim qualificada absorverá atividades e serviços prestados por instituições ou órgãos públicos federais, que serão extintos para esse fim. A organização social poderá incorporar o patrimônio e o acervo do órgão extinto.

O órgão deliberativo máximo das OS será o Conselho de Administração, cuja composição deve observar o disposto na Lei, de forma que 20 a 40% de membros natos sejam representantes do Poder Público, 20 a 30% de membros natos sejam representantes da sociedade civil, definidos pelo estatuto, 10 a 30% de membros eleitos pelos demais integrantes do Conselho, dentre pessoas de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral, até 10% de membros indicados ou eleitos na forma do estatuto, e, no caso de associação civil, até 10% eleito dentre os membros ou associados.

A Lei nº 9.637/98 dispõe, expressamente, que, juntamente com o programa de trabalho, deverão estar explícitas no contrato de gestão, **as metas a serem atingidas** e **os critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de desempenho**.

A qualificação de autarquia ou fundação pública como **agência executiva**, tal como preconizada no Decreto nº 2.487/98, condiciona-se à celebração de um contrato de gestão e a elaboração de planejamento estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional, voltado para a melhoria da qualidade da gestão e para a redução de custos (art. 1º, § 1º, *a* e *b*).

A adoção desse modelo viabiliza a atribuição de maior liberdade para administrar recursos humanos, materiais e financeiros colocados à disposição da entidade, com vistas à consecução das metas quantitativas e qualitativas previamente estabelecidas no contrato de gestão.

A descentralização relativa conferida às agências autônomas propicia a substituição da Administração Pública burocrática, pautada pela rigidez e controles **a priori** dos processos, pela Administração Pública gerencial, calcada no controle **a posteriori** dos resultados.

Com sua atuação voltada para a satisfação do cidadão-cliente, as agências autônomas tendem a engendrar mecanismos de participação popular na elaboração e avaliação de políticas públicas. Veja-se as recentes medidas adotadas pela agência reguladora do setor de energia elétrica - ANEEL, que, a partir da crise de abastecimento de energia elétrica no Rio de Janeiro, vem exigindo dos concessionários presteza e rapidez no atendimento dos pleitos dos consumidores.

No entanto, a consolidação dessa transição traz implícita a necessidade de uma

evolução institucional-legal, de maneira a remover os constrangimentos existentes que impedem a adoção de uma administração ágil e com maior grau de autonomia, capaz de enfrentar os desafios do Estado moderno.

É o que se verifica no projeto das agências executivas que, sem embargo de já se encontrarem disciplinadas pelo Decreto nº 2.487/98, demandam, ainda, profundas reformas no sistema jurídico, de sorte a livrá-las da rigidez imposta pelo atual regime de direito público, que se lhes impõe.

É de mencionar, entretanto, a recentíssima edição da Emenda Constitucional n° 19/98, que cria condições institucionais prévias para a flexibilização das relações jurídicas no âmbito do Poder Público, além de prescrever meios de exercício do controle social sobre a prestação de serviços públicos, como se verifica do teor de seu art. 3º, **in verbis**:

> *"Art. 3º O caput, os incisos I, II, V, VII, X, XI, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XIX e o § 3º do art. 37 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação, acrescendo-se ao artigo os §§ 7º a 9º:*
> ....
> *'§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:*
> *I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;*
> ....
> *§ 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:*
> *I - o prazo de duração do contrato;*
> *II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;*
> *III - a remuneração do pessoal.' "*

17.3 - Regime Constitucional dos Servidores na EC n° 19/98

Definição tradicional:

a) servidor público – Todos aqueles que mantêm vínculo de trabalho profissional com as entidades governamentais, ocupando cargos ou empregos na União, DF, Estados, Municípios, autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista.

b) servidor público civil – ocupantes de cargo público civil da União, DF, Estados, Municípios, autarquias e fundações públicas.

Com o advento da EC nº 19/98, o servidor público civil passou a ser denominado servidor público, e o servidor público militar passou a ser denominado militar.

Os principais dispositivos constitucionais que tratam das regras fundamentais

referentes à relação entre a Administração Pública e seus servidores são os arts. 37, 38, 39, 40 e 41, sendo que o art. 40 dispõe basicamente sobre o regime previdenciário.

Dentro do contexto de mudança dos paradigmas do Estado, várias alterações foram promovidas nas normas constitucionais que tratam dos servidores públicos, notadamente com a Emenda Constitucional n° 19/98, que promoveu diversas modificações nos dispositivos acima indicados.

17.3.1 - Alterações e Inovações Principais do art. 37

a) Inclusão da eficiência como princípio a ser obedecido pela Administração Pública.

b) Possibilidade de estrangeiro ingressar no serviço público, via concurso. Norma de eficácia contida, aguardando norma infraconstitucional regulamentar o direito de acesso a cargo a estrangeiros.

c) Funções de confiança são exclusivas para servidores ocupantes de cargo de provimento efetivo.

d) Direito de greve regulamentado por lei ordinária.

e) Não há mais proibição de distinção de índice de reajuste entre servidores civis e militares.

f) Teto obedecerá ao subsídio de Ministro do Supremo, a ser fixado por acordo entre os Presidentes do STF, da República, do Senado e da Câmara dos Deputados. Inclui-se todas as parcelas remuneratórias, até mesmo as chamadas vantagens pessoais. Também se aplica o teto nas hipóteses possíveis de acumulação de cargo público.

g) Proibição de acumular-se é extensiva aos proventos.

h) Acesso a informações privilegiadas a servidores e empregados públicos será regulamentado por lei.

17.3.2 - Alterações e Inovações do art. 39

a) Não há mais previsão constitucional para a instituição de regime jurídico único para os servidores públicos civis.

b) Conselho de política de administração e remuneração de pessoal.

c) Remuneração deve obedecer a natureza, o grau de resonsabilidade e a complexidade dos cargos; os requisitos para investidura e as peculiaridades dos cargos.

d) Escolas de governo para formação e aperfeiçoamento dos servidores.

e) Remuneração de agentes políticos e determinados servidores mediante subsídio, constante de parcela única.

17.3.3 - Alterações e Inovações do art. 41

a) Estabilidade após três anos de efetivo exercício para os servidores aprovados em concurso público.

b) Maior flexibilização da estabilidade. Possibilidades de perdimento do cargo por

sentença judicial transitada em julgado; mediante processo administrativo; procedimento de avaliação periódica de desempenho; despesa com pessoal acima do limite do art. 169.

c) Aquisição da estabilidade somente após avaliação especial de desempenho.

17.4 - Estatais

No contexto da Reforma Administrativa, a EC nº 19/98 também trouxe alterações relevantes no regime das empresas públicas e das sociedades de economia mista:

a) inaplicação das normas gerais de licitação de licitação e contrato para as empresas públicas e sociedades de economia mista, inclusive suas subsidiárias (art. 173, § 1º, III, CF);

b) criação de autarquia por lei específica. Empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações terão sua criação autorizada por lei (art. 37, XIX, CF);

c) teto remuneratório só se aplica às empresas estatais que receberem recursos do Estado para pagamento de despesas de pessoal ou outras despesas de custeio (art. 37, § 5º, CF);

d) empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, que explorem atividade econômica de produção, de comercialização ou de prestação de serviços terão estatuto jurídico estabelecido por lei (art. 173, § 1º, CF).

XVIII – CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

18.1 – Parte Geral

a) Direito Penal – conjunto de leis penais e sistema de interpretação das leis penais.

- "conjunto de normas que ligam ao crime, como fato, a pena como conseqüência, e disciplinam as relações jurídicas daí derivadas, para estabelecer a aplicabilidade das medidas de segurança e a tutela do direito de liberdade em face do poder de punir do Estado." (Damásio de Jesus)

b) Princípio básico do direito penal – legalidade. **Nullum crime, nulla poena, sine lege**:

- anterioridade (**lex praevia**);
- lei escrita;
- lei estrita;
- lei certa.

c) Eficácia da lei penal – aplicação da norma no espaço, no tempo e para determinadas pessoas.

c.1) Eficácia da lei penal no tempo – a lei vige enquanto não for revogada.

- Princípio da irretroatividade da lei mais severa – lei posterior que for, de qualquer forma, mais gravosa somente se aplica aos fatos ocorridos a partir de sua entrada em vigor.

- Princípio da retroatividade da lei mais benigna – lei posterior que, de qualquer forma, beneficiar o autor do delito retroage. Lei mais benéfica é retroativa e ultra-ativa.

c.1.1) **Abolitio criminis** – lei posterior deixa de considerar como infração fato que era anteriormente punido. Causa de extinção da punibilidade.

c.1.2) Combinação de leis – duas normas apresentam diferentes mandamentos, sendo que parte de uma é mais benéfica e parte da outra beneficia o agente. Discussão doutrinária a respeito da possibilidade de aplicar a combinação de ambas.

c.1.3) Exceções ao princípio da retroatividade da lei mais benéfica:

- lei temporária – possui vigência previamente fixada pelo legislador. Tem aplicação aos fatos ocorridos durante sua vigência, mesmo advindo lei posterior mais benigna;

- lei excepcional – promulgada em casos de calamidade pública, guerras, revoluções. Cessa sua vigência com o término das situações que ensejaram sua edição. Sua incidência não é afastada por norma posterior mais benéfica.

c.1.4) Momento do crime:

- teoria da atividade - interessa o tempo da prática da ação. Adotada pelo

Código Penal Brasileiro (CPB);

- teoria do resultado - leva em consideração o momento da produção do resultado;

- teoria mista - importa tanto o tempo da ação quanto o do resultado.

c.1.5) Conflito aparente de normas – ocorre quando diferentes dispositivos penais, aparentemente, aplicar-se-iam a determinado fato. Somente uma norma pode incidir sobre o fato. O conflito soluciona-se, no direito penal, pela aplicação de alguns princípios:

- princípio da especialidade – uma norma penal é especial em relação às demais quando possui todos os elementos típicos destas, além de outros, denominados especializantes. A lei especial derroga a geral. A prevalência verifica-se em abstrato;

- princípio da subsidiariedade – "há subsidiariedade quando diferentes normas protegem o mesmo bem jurídico em diferentes fases, etapas ou graus de agressão" (Assis Toledo). Pode ser expressa, quando a norma subsidiária prevê sua incidência somente na ausência de outro tipo legal. Pode ser tácita, quando a norma subsidiária funcionar como elementar ou circunstância legal específica de outra;

- princípio da consunção – segundo Damásio de Jesus, ocorre a relação consuntiva, ou de absorção, quando um fato definido por uma norma incriminadora é meio necessário ou normal fase de preparação ou execução de outro crime, bem como quando constitui conduta anterior ou posterior do agente, cometida com a mesma finalidade prática atinente àquele crime. A aplicação desse princípio evita a dupla punição por um único fato. **Ne bis in idem**. Incide nos crimes progressivos, complexos, na progressão criminosa.

Crime progressivo é o que ocorre quando o agente, ao praticar um crime mais grave, produz um evento de menor gravidade, que, por si só, já seria um tipo.

Crime complexo é o formado por diferentes tipos. A lei considera como elemento ou circunstância do tipo legal fatos que, por si só, constituem crime.

Progressão criminosa existe quando a hipótese que seria de crime progressivo se desvincula no tempo. No crime progressivo, há um só fato; na progressão, uma pluraridade de fatos cometidos de forma continuada.

Dois outros institutos podem ser analisados no exame do princípio da consunção: o antefacto impunível e o pós-fato impunível. Ocorre o primeiro quando conduta menos grave precede a uma mais grave, como meio necessário ou normal de realização da primeira. O segundo existe quando um fato posterior menos grave é praticado contra o mesmo bem jurídico do mesmo sujeito, para a utilização do bem atingido pela conduta anterior. É o que ocorre nos atos de exaurimento dos crimes consumados, que constituem também crimes autônomos.

- princípio da alternatividade – a norma penal prevê vários fatos alternativamente como modalidades de um mesmo crime. Ainda que o agente realize mais de uma conduta prevista no tipo, só é punido pela prática de um fato típico.

c.2) Eficácia da lei penal no espaço – em regra, as normas penais vigem dentro do espaço territorial do País, como decorrência direta da soberania do Estado. O Código Penal, por sua vez, prevê hipóteses de incidência sobre fatos ocorridos fora de seu território. Vários são os princípios aplicáveis.

c.2.1) Princípio da territorialidade – a lei penal só tem aplicação no território do Estado que a determinou.

c.2.2) Princípio da nacionalidade – lei penal plica-se a seus cidadãos, onde quer que se encontrem. Pode ser ativa, aplicável aos cidadãos que cometem crimes, ou passiva, quando o cidadão pratica o crime no estrangeiro contra bem jurídico do Estado. (art. 7°, II, b, do CPB)

c.2.3) Princípio da defesa – visa à proteção dos bens jurídicos nacionais, independentemente do local da prática do delito. (art. 7°, I, e § 3°)

c.2.4) Princípio da universalidade – possibilidade de o Estado punir qualquer crime, seja qual for a nacionalidade do agente e da vítima, ou o local de sua prática. (art. 7°, II, a)

c.2.5) Princípio da representação, do pavilhão ou da bandeira – atribui ao Estado, sob cuja bandeira está registrada a embarcação ou aeronave, o poder de sujeitar à sua jurisdição penal os responsáveis por crimes praticados a bordo. (art. 7°, II, c)

c.2.6) Lugar do crime – local onde o fato é praticado. Três teorias são adotadas.:

- teoria da atividade – local do crime é aquele em que o agente praticou os atos de execução;
- teoria do resultado – local do crime é aquele onde o resultado foi produzido;
- teoria mista ou da ubiqüidade – local do crime é tanto aquele onde foram praticados os atos de execução quanto onde o resultado se produziu. É a adotada pelo CPB.

c.3) Eficácia da lei penal em relação a determinadas pessoas. Certas pessoas, por conta das funções que exercem, não se sujeitam à jurisdição penal.

c.3.1) Imunidade diplomática – decorre do Direito Internacional. Representantes diplomáticos não se sujeitam à jurisdição criminal do país onde estão acreditados, pois permanecem sob a eficácia da lei do Estado que representam.

c.3.2) Imunidades parlamentares – material, causa funcional de isenção de pena. Membros do Legislativo estão isentos de punibilidade em relação aos crimes praticados no exercício de sua função parlamentar. Formal, prerrogativa formal. Parlamentares só podem ser presos em flagrante delito de crime inafiançável. Iniciada a ação penal, só prossegue se obtida licença da respectiva Casa Legislativa. (art. 53, CF)

d) Crime

d.1) Conceitos – material, violação de um bem penalmente protegido;

- formal (Damásio de Jesus) – fato típico e antijurídico;
  (Assis Toledo) – fato típico, antijurídico e culpável;
  (Cernicchiaro) – fato típico, antijurídico, culpável e punível;
- fato típico – comportamento humano que provoca um resultado, previsto na lei penal como infração;
- antijuridicidade – relação de contrariedade entre o fato típico e o Direito;
- culpabilidade – reprovação da ordem jurídica;

- punibilidade – aplicabilidade da sanção.

d.2) circunstâncias – dados que não integram o conceito do tipo, porém, acrescidos a este, têm a função de aumentar ou diminuir suas conseqüências jurídicas.

d.3) elementares – fato que serve de distinção entre o crime e um comportamento lícito. A ausência de uma elementar torna o fato atípico.

e) Sujeito ativo – quem pratica o fato descrito na norma penal incriminadora.

f) Capacidade penal – conjunto das condições exigidas para que um sujeito possa tornar-se titular de direitos ou obrigações no Direito Penal.

g) Sujeito passivo – titular do interesse ou bem jurídico tutelado pela norma penal.

h) Objeto do delito – bem penalmente protegido (objeto jurídico). É o bem ou o interesse contra o qual é dirigida a conduta do agente (objeto material).

i) Classificação dos crimes – a norma penal, em regra, dá o nome aos tipos penais. É a chamada qualificação legal. Ao lado desta, há as denominações dadas pelos autores, conforme as características dos tipos penais.

i.1) Crimes comuns e especiais, conforme forem descritos no Direito Penal Comum ou Especial.

i.2) Crimes comuns e próprios – os primeiros podem ser cometidos por qualquer pessoa, os segundos são aqueles que só podem ser cometidos por uma determinada categoria de pessoas.

i.3) Crimes de mão própria – só podem ser cometidos pelo sujeito ativo, pessoalmente. Terceiros podem agir como partícipes, não como autores.

i.4) Crimes de dano – só se consumam com a lesão ao bem jurídico protegido.

i.5) Crimes de perigo – consumam-se com a possibilidade do dano.

- Perigo abstrato ou presumido – a lei presume, de forma absoluta, que a ocorrência do fato descrito no tipo causa o perigo.

- Perigo concreto – é preciso que se comprove que a conduta causou algum perigo à integridade do bem jurídico.

- Perigo individual – risco de dano a interesse de uma pessoa ou grupo determinado de pessoas.

- Perigo comum – expõe ao risco bens jurídicos de um número indeterminado de pessoas.

- Perigo atual – é o que está ocorrendo.

- Perigo iminente – é o que está prestes a ocorrer.

- Perigo futuro – não existe no presente, porém é razoável supor que advirá.

i.6) Crimes materiais – só se consumam com a ocorrência do resultado naturalístico.

i.7) Crimes formais – não exigem a consumação do resultado naturalístico, embora este esteja presente. A lei antecipa a consumação.

i.8) Crimes de mera conduta – não há resultado naturalístico.

- Resultado pode ser naturalístico ou normativo. Na primeira concepção, tem-se a modificação no mundo exterior causada pelo comportamento humano, sem qualquer tipo de valoração. Na segunda, tem-se a ofensa ao interesse tutelado pela norma penal. Pode haver crime sem resultado naturalístico (formais e de mera conduta), porém não há crime sem resultado normativo.

i.9) Crimes comissivos – praticados mediante ação.

i.10) Crimes omissivos próprios – praticados por ausência de ação.

i.10.1) Crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão – agente, mediante omissão, permite a produção de um resultado posterior.

i.11) Crimes instantâneos – exaurem-se em um só momento.

i.12) Crimes permanentes – consumação se protrai ao longo do tempo. Podem ser necessária ou eventualmente permanentes.

i.13) Crime continuado – o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subseqüentes ser havidos como continuação do primeiro.

i.14) Condicionados – punibilidade condicionada a fato exterior e posterior à consumação.

i.15) Crime simples – apresenta tipo único.

i.16) Crime putativo – o agente entende, de forma equivocada, que está cometendo um crime, quando, na verdade, sua conduta é atípica.

i.16.1) Crime putativo por erro de proibição – o agente supõe violar norma que não existe.

i.16.2) Crime putativo por erro de tipo – compreensão equivocada sobre os elementos do crime.

i.16.3) Crime putativo por obra do agente provocador – o agente é provocado por outrem e, em decorrência dessa influência, pratica o fato típico que, todavia, não se consuma em decorrência das providências adotadas pelo agente provocador. Flagrante preparado.

i.17) Flagrante esperado – não é crime putativo. Ocorre quando o agente pratica o fato, sem que para isso seja provocado por estranho, que fica alheio à conduta, porém à espreita para prender o sujeito ativo.

i.18) Crime impossível – é a chamada tentativa inidônea. Ocorre quando por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto é impossível consumar-se o crime.

i.19) Crime consumado – quando estão reunidos todos os elementos de sua definição legal.

i.20) Crime tentado – quando, após iniciada a execução, não se consuma por fatos alheios à vontade do agente.

i.21) Crime falho (tentativa perfeita) – o agente realiza toda a descrição do

fato típico, porém não ocorre o resultado por fato alheio à sua vontade.

i.22) Crime unissubsistente – realiza-se com um só ato.

i.23) Crime plurissubsistente – realiza-se com vários atos.

i.24) Crime doloso – o sujeito quer ou assume o risco de produzir o resultado.

i.25) Crime culposo – o sujeito não quer nem assume o risco de produzir o resultado, mas este decorre de conduta desidiosa do agente.

i.26) Crime preterdoloso – a ação causa um resultado mais grave do que o pretendido pelo agente.

i.27) Crimes político e comum – o primeiros ataca a segurança interna ou externa do País e o segundo atinge bens jurídicos dos cidadãos ou da sociedade.

i.28) Crimes multitudinários – praticados por multidão em tumulto, espontaneamente organizada.

i.29) Crimes funcionais – só podem ser praticados por pessoas que exercem funções públicas. Próprios – ausência da qualidade de funcionário público implica atipicidade da conduta. Impróprios – ausência da referida característica implica o enquadramento em outro tipo.

j) Fato típico – fato que se enquadra na descrição dada pela norma penal incriminadora.

j.1) Elementos do fato típico.

j.1.1) Conduta – ação ou omissão humana consciente e dirigida a uma finalidade.

- Elementos da conduta:

- ato de vontade dirigido a uma finalidade, que abrange o objetivo pretendido, os meios usados e as conseqüências secundárias;

- atuação desta vontade no mundo exterior.

- Formas de atuação da conduta:

- ação manifestada por movimento corpóreo visando a um fim;

- omissão, que é o não fazer alguma coisa, quando era esperado um comportamento positivo do agente (teoria normativa).

j.1.2) Resultado – modificação do mundo exterior provocada pelo comportamento humano voluntário.

j.1.3) Nexo de causalidade – ligação entre a conduta e o resultado. Verificação dos casos em que o resultado é imputável ao agente.

- Teoria da equivalência dos antecedentes causais – adotada pelo CPB (art. 13, **caput**).

- Crimes omissivos – a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem tenha por lei a obrigação de cuidado, proteção e vigilância; de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

- Superveniência causal – restrição à teoria dos equivalentes causais. A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só,

produziu o resultado.

- Causas absolutamente independentes (preexistentes, concomitantes ou supervenientes) - excluem o nexo de causalidade. O fato é atípico.

- Causas relativamente independentes - se preexistentes ou concomitantes, não excluem o resultado. Se supervenientes, excluem o resultado. Causa relativamente independente é aquela que, por si só, produziria o resultado. Ocorre esta causa quando não se encontra na linha de desdobramento físico da conduta anterior.

j.1.4) Tipicidade – correspondência entre a conduta do agente e a descrição da infração contida na lei penal. Se o fato é típico, presume-se que é também antijurídico.

j.2) Teoria do tipo – adequação típica, subsunção da conduta ao tipo penal. Pode ser de subordinação imediata, em que o fato se enquadra diretamente à norma, ou de subordinação mediata, em que a subsunção não ocorre diretamente, necessita de outra disposição.

j.3) Elementos do tipo.

j.3.1) Elementos objetivos do tipo – referem-se à materialidade da infração penal.

j.3.2) Elementos normativos do tipo – necessitam, para sua configuração, de um juízo de valor preestabelecido, dentro do campo da tipicidade.

j.3.3) Elementos subjetivos do tipo – estado anímico do agente.

j.4) Tipo do crime doloso – dolo é elemento subjetivo do tipo. É a vontade de realizar o fato típico, em todos os seus elementos.

j.4.1)Teorias do dolo.

- Vontade – o agente tem consciência do fato e a vontade de causar o resultado. Adotada pelo CPB.

- Representação – suficiente que o agente tenha a previsão de que, com a sua conduta, provoque o resultado.

- Assentimento – requer a previsão do resultado como certo, provável ou possível, sem exigir que o agente queira produzi-lo.

j.4.2) Dolo natural e dolo normativo:

- normativo – contém a consciência da antijuridicidade;

- natural – simples vontade de concretizar o tipo.

j.4.3) Elementos do dolo:

- consciência da conduta e do resultado;

- consciência da relação causal objetiva entre a conduta e o resultado (momento intelectual);

- vontade de realizar a conduta e produzir o resultado (momento volitivo).

j.4.4) Espécies de dolo:

- dolo direto – o sujeito visa a certo e determinado resultado;

- dolo indireto – a vontade não se dirige a resultado certo e determinado. Pode ser alternativo, quando a vontade se dirige a um ou outro resultado, ou eventual, quando o sujeito assume o risco de produzir o resultado.

j.5) Crime culposo – elemento subjetivo do tipo. Inobservância do cuidado objetivo.

j.5.1) Previsibilidade objetiva – possibilidade de ser antevisto o resultado, de acordo com a percepção do homem médio.

j.5.2) Elementos do crime culposo:

- conduta voluntária;
- inobservância do cuidado objetivo;
- previsibilidade objetiva;
- ausência de previsão;
- resultado involuntário;
- nexo de causalidade;
- tipicidade.

j.5.3) Espécies de culpa:

- consciente – resultado é previsto, mas o agente acredita que não irá produzi-lo;
- inconsciente – o resultado não é previsto, apesar de ser previsível;
- própria – comum, agente não quer nem assume o risco de produzir o resultado;
- imprópria – o resultado é desejado pelo agente, que está em erro de tipo inescusável;

j.6) Erro de tipo – incide sobre as elementares ou circunstâncias do crime descrito na norma. Equívoco sobre os pressupostos de fato de uma causa de justificação ou dados secundários da norma penal incriminadora.

j.6.1) Erro de tipo essencial – versa sobre as elementares ou circunstâncias:

- invencível – não pode ser evitado pela normal diligência. Exclui o dolo e a culpa;
- vencível – pode ser evitado pela diligência normal. Exclui o dolo, mas não a culpa. Pode ser punido por crime culposo.

j.6.2) Descriminantes putativas – agente supõe agir em face de uma causa excludente da ilicitude. O erro pode recair sobre os pressupostos de fato da causa de justificação ou sobre os limites da excludente da ilicitude. Na primeira hipótese, tem-se erro de tipo. Na segunda, há erro de proibição.

j.6.3) Erro provocado por terceiro – pode ser espontâneo, quando o sujeito incide em erro sem a participação provocadora de terceiro; ou provocado, quando o terceiro induz o agente à prática do ato. A provocação pode ser dolosa ou culposa.

j.6.2) Erro de tipo acidental – versa sobre dados secundários do tipo, não exclui a tipicidade.

j.6.2.1) Erro sobre o objeto – o agente supõe que sua conduta recai sobre determinada coisa, quando, na verdade, ela incide sobre outra.

j.6.2.2) Erro sobre a pessoa – o agente atinge uma pessoa pensando tratar-se de outra.

j.6.2.3) Erro na execução – o agente quer atingir uma pessoa, ofende outra. O erro ocorre na execução do crime:

- resultado único – terceiro sofre o resultado. Há um delito apenas;
- resultado duplo – terceiro e a vítima real são atingidos. Concurso formal.

j.6.2.4) Resultado diverso do pretendido – o agente quer atingir um bem jurídico e ofende outro.

j.7) **Iter criminis** – fases do delito:

- cogitação;
- atos preparatórios;
- execução;
- consumação.

j.8) Tentativa – o crime, após iniciada a sua execução, não se consuma por fatos alheios à vontade do agente.

j.8.1) Elementos:

- início da execução;
- não-consumação do crime por fato alheio à vontade do agente.

j.8.2) Formas:

- perfeita – fase de execução é completada, porém não se aperfeiçoa o resultado;
- imperfeita – não se completa o processo de execução.

j.8.3) Crimes que não admitem tentativa:

- culposos;
- preterdolosos;
- contravenções;
- omissivos próprios;
- unissubsistentes;
- punidos com a produção do resultado;
- habituais;
- atentado.

j.9) Arrependimento posterior – causa de redução da pena, quando, nos crimes praticados sem violência ou grave ameaça, o agente repara voluntariamente o dano, até o recebimento da ação penal.

l) Antijuridicidade ou ilicitude – contradição do fato, eventualmente adequado ao modelo legal, com a ordem jurídica, constituindo a lesão de um interesse protegido.

l.1) Causas de exclusão da ilicitude:

- estado de necessidade;
- legítima defesa;
- estrito cumprimento do dever legal;
- exercício regular de direito;
- consentimento do ofendido (causa supralegal).

l.2) excesso nas justificativas – o sujeito ultrapassa os limites das justificativas:

- consciente – crime doloso;
- inconsciente – erro de tipo escusável (erro de tipo), erro de tipo inescusável (excesso culposo), erro de proibição escusável (exclusão da culpabilidade), erro de proibição escusável (crime doloso com redução da pena).

l.3) Estado de necessidade – art. 24 do CPB.

l.3.1) Requisitos:

- situação de perigo:

- perigo atual;
- ameaça a direito próprio ou alheio;
- situação não causada pelo agente;
- inexistência de dever legal de enfrentar o perigo;

- conduta lesiva:
  - inevitabilidade do comportamento lesivo;
  - inexigibilidade de sacríficio do interesse ameaçado;
  - conhecimento do fato justificante.

l.3.2) Estado de necessidade próprio ou de terceiro.

l.3.3) Agressivo – bem de terceiro inocente atingido, ou defensivo – bem atingido de quem causou o estado de necessidade.

l.4) Legítima defesa (art. 25 do CPB)

l.4.1) Requisitos:

- agressão injusta, atual ou iminente;
- direitos do agredido ou de terceiro, atacado ou ameaçado;
- meios necessários e de uso moderado;
- conhecimento da agressão e da necessidade da defesa.

l.4.2) Legítima defesa subjetiva – excesso por erro de tipo escusável.

l.4.3) Legítima defesa sucessiva – repulsa contra o excesso.

l.4.4) Legítima defesa putativa – agente, por erro, supõe encontrar-se em face de agressão injusta.

l.4.5) Ofendículo – aparato para defender bem jurídico de ataque ou ameaça.

m) Concurso de pessoas – diversas pessoas concorrem para a infração penal.

m.1) Concurso necessário – a pluralidade de agentes constitui elemento do tipo.

m.2) Concurso eventual – o crime pode ser cometido por uma só pessoa, mas é cometido por mais de uma.

m.3) Autoria – quem executa a conduta expressa pelo verbo nuclear do tipo diretamente (imediata), ou por intermédio de outrem (mediata).

m.4) Formas de concurso:

- co-autoria – vários agentes realizam a conduta descrita no tipo;
- participação – agentes não realizam a conduta descrita, mas concorrem de qualquer forma para a consumação do delito.

m.5) Casos de autoria mediata:

- ausência de capaciedade penal;
- doença mental;
- coação moral irresistível;
- erro de tipo escusável determinado por terceiro;
- obediência hierárquica.

m.6) Requisitos:

- pluralidade de condutas;
- relevância causal de cada uma;
- liame subjetivo;

- identidade de infração.

m.7) Autoria colateral – agentes, desconhecendo a conduta de cada um, realizam atos convergentes à produção do evento.

m.8) Autoria incerta – não se tem como apurar, na autoria colateral, qual dos agentes praticou o ato executório que consumou o delito.

m.9) As circunstâncias e condições de caráter pessoal não se comunicam, salvo quando elementares do tipo. Circunstâncias objetivas são as que se relacionam com os meios e modos de realização do crime. Subjetivas são as circunstâncias que só dizem respeito à pessoa do participante, sem relação com a materialidade do delito.

m.10) Circunstâncias de caráter pessoal não se comunicam.

m.11) Circunstância objetiva só pode ser considerada em relação ao partícipe se entrou na esfera de seu conhecimento.

m.12) Elementares comunicam-se entre os fatos cometidos pelos participantes, caso tenham ingressado na esfera de conhecimento.

n) Culpabilidade e Teoria finalista da ação:

- conduta é o comportamento consciente dirigido a determinada finalidade;
- dolo é a vontade de concretizar os elementos do tipo;
- culpa é a inobservância do cuidado objetivo necessário;
- dolo e culpa constituem elemento subjetivo do tipo;
- dolo não é normativo;
- culpabilidade tem os seguintes elementos: imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e potencial consciência da ilicitude;
- elementos da culpabilidade são normativos;
- erro sobre os elementos descritivos do tipo é erro de tipo, exclui o dolo;
- erro sobre a ilicitude do fato é erro de proibição, exclui a culpabilidade.

n.1) Imputabilidade – conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para responder penalmente. Imputável é o sujeito mentalmente enfermo que tem condições de saber que sua conduta contraria os mandamentos da ordem jurídica.

n.1.1) Responsabilidade – obrigação que alguém tem de arcar com as conseqüências jurídicas do crime.

n.1.2) Causas de exclusão da imputabilidade;

- doença mental;
- desenvolvimento mental incompleto ou retardado;
- embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior.

n.1.3) Teoria da **actio libera in causa** – quando o agente se coloca propositadamente em estado de embriaguez para a prática da infração. Houve liberdade originária, no momento da embriaguez, mas não liberdade atual, no momento da prática da infração.

n.2) Exigibilidade de conduta diversa - possibilidade de o agente, no caso concreto, adotar outro comportamento.

n.3) Causas de exclusão de culpabilidade.

n.3.1) Erro de proibição – impossibilidade de o sujeito conhecer a regra de

proibição. Exclui o potencial conhecimento da ilicitude.

n.3.1.1) Erro de proibição escusável – qualquer homem prudente incidiria no erro.

n.3.1.2) Erro de proibição inescusável – homem com discernimento não incidiria.

n.3.1.3) Casos de erro de proibição:

- erro ou ignorância de direito;
- suposição errônea da existência de causa de exclusão da ilicitude;
- descriminantes putativas.

n.3.2) Coação moral irresistível – exlcui a exigibilidade de conduta diversa.

n.3.3) Obediência hierárquica – exclui a exigibilidade de conduta diversa.

n.3.4) Doença mental, desenvolvimento mental incompleto, retardamento, menoridade, embriaguez fortuita – excluem a imputabilidade.

n.3.5) Inexigibilidade de conduta diversa – causa supralegal de exclusão de culpabilidade.

n.4) Embriaguez:

- não acidental – não exclui a culpabilidade;
- acidental completa – exclui a culpabilidade;
- acidental incompleta – agente responde com redução da pena.

18.2 - Dos Crimes Contra a Administração Pública

Administração Pública, protegida pelos crimes descritos no Título XI do Código Penal, deve ser entendida em sentido amplo. Tutela-se a atividade funcional do Estado. Compreende-se três capítulos: crimes praticados por funcionários públicos contra a Administração; crimes praticados por particulares contra a Administração em Geral; crimes contra a Administração da Justiça.

18.2.1 - Dos Crimes Praticados por Funcionários Públicos Contra a Administração

a) Funcionário Público – todo aquele que exerce, ainda que temporariamente e sem remuneração, cargo, emprego ou função pública, inclusive nas entidades paraestatais. Definição dada pelo art. 327 do CPB.

b) Peculato – apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio (Peculato apropriação)

- Peculato-furto – o funcionário subtrai, ou concorre para que seja subtraído dinheiro, valor ou outro bem móvel, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.

b.1) Sujeito ativo – funcionário público. Particular pode participar.

b.2) Sujeito passivo – Estado em sentido amplo, abrangendo suas entidades. Particular, quando o bem apropriado ou subtraído for privado.

b.3) Tipo objetivo – condutas típicas constituem-se em apropriação, desvio ou subtração.

b.4) Objeto material – dinheiro, valor ou qualquer bem móvel.

b.5) Independe para sua consumação de decisão condenatória dos Tribunais de Contas.

b.6) Tipo subjetivo – apropriação é a vontade de transformar a posse legítima em domínio. Desvio é a finalidade de obter proveito próprio ou para terceiro. Subtração é a vontade de retirar o bem do domínio de terceiro.

b.7) Consumação – apropriação, com a mudança da intenção do funcionário em relação ao objeto, passando a tê-lo com o anseio de propriedade. Subtração, com a posse do produto fora da esfera de vigilância de quem de direito. Independe da efetiva produção do resultado. Basta a realização da conduta, pois já estaria configurada a infidelidade do servidor.

b.8) Tentativa é possível.

b.9) Peculato culposo – ocorre quando o funcionário, por negligência, imprudência ou imperícia, permite que haja apropriação, desvio ou subtração do bem.

- Reparado o dano, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, extingue-se a punibilidade.

c) Peculato mediante erro de outrem – apropriar-se de dinheiro ou qualquer utilidade que, no exercício do cargo, recebeu por erro de outrem.

c.1) Sujeito ativo – funcionário público, possível a participação de particular.

c.2) Sujeitos passivos – Estado e o lesado pela conduta típica.

c.3) Tipo objetivo – apropriação, em que a posse decorre de erro de outrem.

c.4) Tipo subjetivo – vontade de se apropriar do bem que recebeu por erro. Configura-se o dolo quando o agente, percebendo o erro, não adota medidas para desfazê-lo.

c.5) Consumação – momento em que o agente, tendo conhecimento do erro, toma a coisa como sua.

c.6) Tentativa é possível.

d) Extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento – extraviar livro oficial ou qualquer documento, de que tem a guarda em razão do cargo; sonegá-lo ou inutilizá-lo, total ou parcialmente.

d.1) Sujeito ativo – funcionário público ou particular como partícipe.

d.2) Sujeito passivo – Estado e o particular dono do documento confiado à Administração.

d.3) Tipo objetivo – três condutas: extraviar – no sentido de desviar, ocultar, fazer desaparecer; sonegar – não exibir, não entregar, não mencionar quando devido; inutilizar – tornar imprestável.

d.4) Tipo subjetivo – dolo genérico. Irrelevante o fim do agente, basta a vontade de realizar uma das condutas descritas no tipo.

d.5) Consumação – momento do extravio, da sonegação ou da destruição.

d.6) Tentativa só é possível nas modalidades extravio ou destruição.

d.7) Crime subsidiário.

e) Emprego irregular de verbas ou rendas públicas – dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei.

e.1) Sujeito ativo – funcionário público que tenha faculdade de dispor de verbas ou rendas públicas.

e.2) Sujeito passivo – Estado.

e.3) Tipo objetivo – verbas ou rendas públicas devem ser aplicadas de acordo com as leis orçamentárias ou especiais. Destinação diversa daquela prevista em norma legal caracteriza o crime.

e.4) Tipo subjetivo – vontade de dar destino diverso do estipulado em lei às verbas ou rendas públicas. Independe da finalidade da conduta, porém se o desvio é para proveito próprio configura-se o peculato.

e.5) Consumação – com a aplicação irregular dos fundos públicos, sendo irrelevante a existência de dano.

e.6) Tentativa é possível.

f) Concussão – exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida.

f.1) Sujeito ativo – funcionário público. É possível a participação de particular.

f.2) Sujeito passivo – Estado e a pessoa lesada pela conduta irregular.

f.3) Tipo objetivo – conduta típica é exigir, impor como obrigação, ordenar, reclamar vantagem indevida. Abrange tanto a concussão explícita quanto a implícita. Vantagem pode ser exigida pelo funcionário ou por terceiro em nome deste.

f.4) Objeto – vantagem indevida, patrimonial ou moral.

f.5) Tipo subjetivo – vontade de exigir vantagem indevida, prevalecendo-se da função. Dolo específico – obter vantagem para si ou para outrem.

f.6) Consumação – com a simples exigência da vantagem, independentemente de ocorrer.

f.7) Tentativa é possível, salvo se a exigência for oral.

g) Excesso de exação – exigência de tributo ou contribuição social que o funcionário sabe ou deveria saber indevido, ou se devido emprega na cobrança meios vexatórios ou gravosos.

g.1) Sujeito ativo – funcionário público, mesmo aquele que não é o responsável pela cobrança do tributo.

g.2) Sujeito passivo – Estado e a pessoa atingida pela conduta.

g.3) Tipo objetivo – exação é a cobrança rigorosa de dívida.

g.4) Tipo subjetivo – dolo quando o agente sabe estar exigindo tributo indevido ou emprega meio vexatório. Culpa, ao relacionar o tipo a expressão “deveria saber”.

h) Corrupção passiva – solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida ou aceitar promessa de tal vantagem.

h.1) Sujeito ativo – funcionário público, podendo o particular participar.

h.2) Sujeito passivo – Estado e particular se não praticar o crime de corrupção ativa.

h.3) Tipo objetivo – três condutas: solicitar (pedir, rogar, induzir, buscar, manifestar o desejo de receber vantagem indevida), receber (tomar, obter, adquirir, alcançar, entrar na posse da vantagem), aceitar a promessa de vantagem (concordar, consentir). A prática do ato tem que estar relacionada com a função do sujeito ativo.

h.4) Objeto – vantagem indevida, podendo ser patrimonial ou moral. Se a vantagem se destina à Administração não se configura o tipo.

h.5) Tipo subjetivo – vontade de praticar uma das condutas descritas. Dolo específico configurado na intenção de obter vantagem para si ou para outrem.

h.6) Consumação – independe da ocorrência do resultado pretendido, basta a simples solicitação, aceite ou recebimento da vantagem.

h.7) Tentativa é possível.

i) Facilitação de contrabando ou descaminho – facilitar, com infração de dever funcional, a prática de contrabando ou descaminho.

i.1) Sujeito ativo – funcionário público que tem dever de reprimir o contrabando ou descaminho.

i.2) Sujeito passivo – Estado.

i.3) Tipo objetivo – auxiliar de forma comissiva ou omissiva o crime de contrabando (importação ou exportação fraudulenta de mercadoria) ou de descaminho (fraude para evitar o pagamento de tributos devidos).

i.4) Tipo subjetivo – vontade de facilitar o contrabando ou descaminho. Não há fim específico.

i.5) Consumação – com a facilitação, independentemente de efetivar-se o contrabando ou o descaminho.

i.6) Tentativa é possível, quando a conduta for comissiva.

j) Prevaricação – retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal.

j.1) Sujeito ativo – funcionário público.

j.2) Sujeito passivo – Estado e, eventualmente, particular.

j.3) Tipo objetivo – três condutas: retardar (protelar a prática de ato de ofício), deixar de praticar o ato (omissão intencional de quem não quer praticar o ato), praticar o ato de forma ilegal. Necessária a existência de infração a dispositivo legal.

j.4) Objeto – o ato de ofício. Agente deve ser o responsável pela função relacionada ao fato. É indiferente que o ato necessite de confirmação.

j.5) Tipo subjetivo – vontade de retardar, omitir ou praticar ilegalmente o ato de ofício. Dolo específico, satisfação de interesse ou sentimento pessoal. Não se configura o crime, mas mera irregularidade, a não realização do ato, ou a prática equivocada do mesmo, quando resultante de desídia, negligência ou desleixo.

j.6) Consumação – momento do retardamento, com a omissão ou com a prática do ato.

j.7) Tentativa é possível quando a conduta se refere à prática irregular do ato.

l) Condescendência criminosa – deixar o funcionário, por indulgência, de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo ou, quando lhe falte competência, não levar ao conhecimento da autoridade competente.

l.1) Sujeito ativo – funcionário público, necessariamente superior ao funcionário beneficiado.

l.2) Sujeito passivo – Estado.

l.3) Tipo objetivo - não adoção das medidas cabíveis para a punição de servidores faltosos, seja não instaurando o pertinente inquérito administrativo, seja não comunicando o fato à autoridade competente.

l.4) Tipo subjetivo – vontade de não responsabilizar o servidor ou de não comunicar o fato. Pressupõe a ciência do fato pelo superior.

l.5) Consumação – quando o sujeito ativo, ao tomar ciência da irregularidade, deixa de promover a responsabilização do servidor, decorrido o prazo legal ou razoável.

l.6) Não se admite a tentativa (crime omissivo próprio).

m) Advocacia administrativa – patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração Pública, valendo-se da qualidade de funcionário.

m.1) Sujeito ativo – funcionário público, podendo terceiro participar.

m.2) Sujeito passivo – Estado.

m.3) Tipo objetivo – defender interesse privado perante a administração. Simples informação a respeito dos interesses pleiteados não configura o crime. Necessidade de aproveitamento das facilidades do cargo.

m.4) Tipo subjetivo – vontade de defender interesse privado junto à Administração. Não se exige a obtenção de vantagem por parte do servidor.

m.5) Consumação – prática de ato inequívoco de patrocínio, independentemente de atuar o agente como patrono do particular.

m.6) Tentativa é possível.

n) Abandono de função – abandonar cargo público, fora dos casos permitidos em lei. Se resulta prejuízo, aumenta-se a pena.

n.1) Sujeito ativo – somente quem ocupa **cargo** público. Não incide a regra extensiva do art. 327.

n.2) Sujeito passivo – Estado.

n.3) Tipo objetivo – abandonar, deserção de cargo público, por prazo razoável. O fato tem que acarretar prejuízo à Administração.

n.4) Tipo subjetivo – abandono proposital. Desnecessário fim especial de agir. Basta o ânimo de abandono temporário, não sendo exigível a definitividade da intenção de abandonar o cargo.

n.5) Consumação – afastamento do cargo por tempo suficiente para oferecer perigo à Administração.

n.6) Não é possível a tentativa (crime omissivo próprio).

o) Exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado – entrar no exercício de função pública antes de satisfeitas as exigências legais, ou continuar a exercê-la, sem autorização, depois de saber oficialmente que foi exonerado, removido, substituído ou suspenso.

o.1) Sujeito ativo – funcionário público.

o.2) Sujeito passivo – Estado.

o.3) Tipo objetivo – antecipação no exercício das funções públicas, continuação no exercício da função. Não se aplica ao servidor aposentado, ou nos casos de cessação temporária do exercício da função.

o.4) Tipo subjetivo – vontade de exercer a função pública extemporaneamente. Necessário que o agente tenha conhecimento do impedimento.

o.5) Consumação – prática de qualquer ato pelo funcionário nas situações descritas no tipo.

o.6) Tentativa é admissível.

p) Violação de sigilo funcional – revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação.

p.1) Sujeito ativo – funcionário público, incluindo o aposentado.

p.2) Sujeito passivo – Estado e a pessoa lesada pela divulgação.

p.3) Tipo objetivo – comunicar a qualquer pessoa, de qualquer forma, fato que deve ser mantido em segredo ou facilitar sua divulgação, por outro funcionário ou terceiro. Objeto do crime é o segredo funcional. Só há o crime se o servidor tiver ciência do fato em razão da função.

p.4) Tipo subjetivo – vontade de transmitir o sigilo a qualquer pessoa.

p.5) Consumação – ciência por qualquer pessoa não autorizada do fato sigiloso.

p.6) Tentativa é possível.

18.2.2 - Dos Crimes Praticados por Particular contra a Administração em Geral

Tutela-se, neste capítulo, a regularidade das atividades administrativas contra a ação de particulares que atentem contra a atuação do Poder Público.

a) Usurpação de função pública – usurpar o exercício de função pública.

a.1) Sujeito ativo – qualquer particular. Há divergência a respeito da possibilidade de funcionário público poder praticar o crime.

a.2) Sujeito passivo – Estado.

a.3) Tipo objetivo – assunção do exercício de função de forma indevida, executando ilegitimamente função própria da Administração Pública. É necessária a prática do ato de ofício.

a.4) Tipo subjetivo – vontade de praticar o ato, tendo ciência da irregularidade de sua conduta.

a.5) Consumação – prática de, pelo menos, um ato de ofício.

a.6) Tentativa é possível.

b) Resistência – opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio.

b.1) Sujeito ativo – qualquer pessoa.

b.2) Sujeito passivo – Estado e o funcionário responsável pela execução do ato.

b.3) Tipo objetivo – oposição do agente ao ato legal, com o uso de violência ou ameaça idônea. Agente deve ter conduta positiva, ativa. O ato deve ser legal.

b.4) Tipo subjetivo – vontade de se opor à execução do ato que tem ciência ser legal.

b.5) Consumação – prática da violência ou ameaça, independente de conseguir evitar a execução do ato. Crime formal.

b.6) Possível a tentativa.

b.7) Resistência qualificada – se, em decorrência da oposição do agente, o ato não é praticado.

c) Desobediência – desobedecer a ordem legal de funcionário público.

c.1) Sujeito ativo – particular. Funcionário, se não estiver no exercício de função público, pode cometer o crime.

c.2) Sujeito passivo – Estado e, secundariamente, o funcionário responsável pela ordem.

c.3) Tipo objetivo – não acatar, não atender, não cumprir a ordem legal. Pode ser praticado por ação ou omissão. Necesário que o destinatário da ordem tenha o dever jurídico de agir ou de se omitir. A ordem deve ser transmitida diretamente ao agente e individualizada.

c.4) Tipo subjetivo – vontade de não cumprir a ordem legal de funcionário público.

c.5) Consumação – na forma omissiva, quando o agente devia agir e não agiu. Na modalidade comissiva, no momento da prática do ato objeto da ordem.

c.6) Tentativa apenas na forma comissiva.

d) Desacato – desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela.

d.1) Sujeito ativo – qualquer pessoa, inclusive o funcionário, quando fora do exercício de função. Quando no exercício da função, há divergência jurisprudencial.

d.2) Sujeito passivo – Estado e funcionário ofendido.

d.3) Tipo objetivo – ofender, vexar, humilhar, menosprezar o funcionário, agredindo a dignidade ou o decoro da função. Pode constituir-se por atos, palavras, gestos. Irrelevante a percepção do funcionário a respeito da conduta do agente. Indispensável que o funcionário esteja no exercício da função. Necessário que o funcionário esteja presente quando do desacato. Não precisa, porém, que haja publicidade do fato. Ofensa dirigida por documento, telefone, imprensa ou e-mail não configura o crime.

d.4) Tipo subjetivo – vontade consciente de ofender ou desrespeitar o funcionário, sabendo estar ele no exercício da função.

d.5) Consumação – prática da ofensa, percebida pelo funcionário. Crime formal.

d.6) É possível a tentativa, exceto nos casos de ofensa oral.

e) Tráfico de influência – solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem, a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público no exercício da função.

e.1) Sujeito ativo – qualquer pessoa, inclusive funcionário.

e.2) Sujeito passivo – Estado.

e.3) Tipo objetivo – solicitar (pedir, procurar, buscar), exigir (impor), cobrar (pedir pagamento) e obter (receber, adquirir vantagem). Há fraude contra o suposto beneficiário da influência. É necessário que o agente faça propaganda de seu suposto prestígio. Há decisões excluindo o tipo quando o tráfico é efetuado em estatais. Diverge-se a respeito da necessidade de explicitar o nome do funcionário objeto do tráfico de influência. Irrelevante a licitude do fim buscado. Se o eventual prestígio alegado não ilude o interessado, não há crime.

e.4) Tipo subjetivo – vontade de obter a vantagem ou promessa desta.

e.5) Consumação – simples prática de qualquer das condutas descritas no tipo. Independe da obtenção da vantagem. Crime formal.

e.6) Tentativa é possível.

e.7) Crime qualificado – agente insinua que a vantagem se dirige também ao funcionário.

f) Corrupção ativa – oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício.

f.1) Sujeito ativo – qualquer pessoa, inclusive funcionário agindo como particular.

f.2) Sujeito passivo – Estado.

f.3) Tipo objetivo – oferecer (colocar à disposição), prometer. Oferta ou promessa devem ter por finalidade a prática ou omissão do ato por funcionário. Deve ser séria. Não precisa ser feita diretamente ao funcionário, porém deve ser individualizada. Não há crime se o objetivo é impedir a prática de ato ilegal. Irrelevante a aceitação do funcionário.

f.4) Objeto – vantagem indevida, podendo ser patrimonial ou moral. Oferta após a prática do ato não configura o delito.

f.5) Tipo subjetivo – vontade de oferecer ou prometer vantagem indevida. Dolo específico é a obtenção do ato ou da omissão. Necessária a relação entre a oferta ou a promessa e a intenção de obter o fim desejado.

f.6) Consumação – com a simples oferta ou promessa. Crime formal. Independe da aceitação.

f.7) Tentativa é possível.

f.8) Forma qualificada – se o funcionário retarda ou omite ato de ofício ou o pratica de forma irregular.

g) Contrabando ou descaminho – importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria.

g.1) Sujeito ativo – qualquer pessoa.

g.2) Sujeito passivo – Estado.

g.3) Tipo objetivo – contrabando – conduta de importar ou exportar mercadoria proibida em si mesmo (absoluta), ou em determinadas situações (relativa). Descaminho – fraude empregada para evitar o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada ou saída de mercadoria não proibida.

g.4) Tipo subjetivo – vontade de praticar a conduta, devendo o agente conhecer tratar-se de mercadoria proibida.

g.5) Consumação – importação – passagem da zona fiscal, ainda que a mercadoria não tenha chegado ao destino. Descaminho – liberação pela alfândega. Exportação – saída da mercadoria.

g.6) Tentativa é possível.

h) Inutilização de edital ou de sinal – rasgar ou, de qualquer forma, inutilizar ou conspurcar edital afixado por ordem de funcionário público; violar ou inutilizar selo ou sinal empregado por determinação legal ou por ordem de funcionário público, para identificar ou cerrar qualquer objeto.

h.1) Sujeito ativo – qualquer pessoa, inclusive o funcionário.

h.2) Sujeito passivo – Estado e o particular a quem o fato causar perigo ou dano.

h.3) Tipo objetivo – rasgar (cortar, dilacerar, romper), inutilizar (destruir, invalidar) e conspurcar (sujar, macular, manchar). Pode ser praticado de qualquer forma e por qualquer meio. Objeto é o edital judicial, administrativo ou legislativo. Violar (romper, quebrar), inutilizar (tornar impróprio para uso). Objeto é o selo ou sinal de qualquer espécie. Os selos ou sinais devem ser exigíveis por lei e ser usados por funcionários competentes para identificar ou cerrar o objeto. Se o selo ou o edital tornaram-se inúteis, não há crime.

h.4) Tipo subjetivo – vontade de praticar qualquer das modalidades previstas.

h.5) Consumação – com a prática dos atos, independentemente da produção do resultado.

h.6) Tentativa é possível.

i) Subtração ou inutilização de livro ou documento – subtrair ou inutilizar, total ou parcialmente, livro oficial, processo ou documento confiado à custódia de funcionário, em razão de ofício, ou de particular em serviço público.

i.1) Sujeito ativo – qualquer pessoa, inclusive o servidor não atuando em suas funções.

i.2) Sujeito passivo – Estado.

i.3) Tipo objetivo – subtrair (retirar, substituir), inutilizar (destruir, invalidar) livro oficial. Indispensável que os livros, processos ou documentos estejam sob a custódia da Administração. Se o objeto do tipo é de fácil reconstituição, o crime se desnatura.

i.4) Tipo subjetivo – vontade de subtrair ou inutilizar o objeto material. Não há dolo específico.

i.5) Consumação – retirada do objeto da esfera de vigilância do funcionário ou com a sua inutilização. Irrelevante a ocorrência de dano.

i.6) Tentativa é possível.
i.7) Crime subsidiário.

18.2.3 - Dos Crimes contra a Administração da Justiça

Tutela-se o normal andamento dos serviços judiciais.

a) Reingresso de estrangeiro expulso – reingressar, no território nacional, o estrangeiro que dele foi expulso.

a.1) Sujeito ativo – somente o estrangeiro que foi expulso.

a.2) Sujeito passivo – Estado.

a.3) Tipo objetivo – pressupõe a anterior expulsão de estrangeiro. Se o estrangeiro foi deportado ou extraditado, não há crime. Simples permanência, após a expulsão, não configura o tipo.

a.4) Tipo subjetivo – vontade de retornar ao País, sabendo ter sido expulso anteriormente.

a.5) Consumação – reingresso no território nacional, ainda que para permanência efêmera.

a.6) Tentativa possível.

b) Denunciação caluniosa – dar causa a instauração de investigação policial ou de processo judicial contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente.

b.1) Sujeito ativo – qualquer pessoa. No caso de ação penal privada ou pública condicionada à representação, somente o eventual ofendido pode cometer o crime.

b.2) Sujeito passivo – Estado e o injustamente acusado.

b.3) Tipo objetivo – há o crime quando o agente dá causa a investigação policial ou a processo judicial por qualquer meio. Quem denuncia com base em informação de terceiro não pratica o crime. Mera sindicância administrativa não configura o crime. Falsa imputação deve ser determinada. Imputação de contravenção constitui forma privilegiada do tipo. Simples pedido de investigação não configura o crime. Se, por qualquer causa, não for possível a instauração do inquérito, não há o tipo.

b.4) Tipo subjetivo – vontade de provocar a investigação policial ou o processo judicial. Acusação deve ser objetiva e subjetivamente falsa.

b.5) Consumação – instauração do inquérito ou do processo.

b.6) Tentativa é posível.

c) Comunicação falsa de crime ou de contravenção – provocar a ação de autoridade, comunicando-lhe a ocorrência de crime ou de contravenção que sabe não se ter verificado.

c.1) Sujeito ativo – qualquer pessoa, inclusive funcionário.

c.2) Sujeito passivo – Estado.

c.3) Tipo objetivo – dar causa à ação policial pela denúncia de infração que não ocorreu. Pode ser efetivada por vários meios. Se o fato ocorreu, porém de forma diversa do comunicado, não há crime, se parecido. Se o fato foi totalmente diverso, configura-se o tipo.

c.4) Tipo subjetivo – vontade de comunicar a falsa ocorrência. Dolo específico é a

vontade de provocar a ação da autoridade.

c.5) Consumação – com a provocação da ação da autoridade.

c.6) Tentativa é possível.

d) Auto-acusação falsa – acusar-se, perante a autoridade, de crime inexistente ou praticado por outrem.

d.1) Sujeito ativo – qualquer pessoa.

d.2) Sujeito passivo – Estado.

d.3) Tipo objetivo – acusar-se falsamente, de qualquer modo, ainda que por comunicação anônima. Deve ser feita perante autoridade, policial ou judicial. Não se configura se a auto-acusação for de contravenção ou de fato atípico. Não há o crime se o agente é co-autor do delito e isenta de responsabilidade os demais participantes.

d.4) Tipo subjetivo – vontade de acusar-se falsamente. Motivo da conduta é irrelevante nem necessita ser espontânea, basta ser voluntária.

d.5) Consumação – quando a auto-acusação chega ao conhecimento da autoridade.

d.6) Tentativa é possível.

e) Falso testemunho ou falsa perícia – fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade, como testemunha, perito, tradutor ou intérprete em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral.

e.1) Sujeito ativo – somente aquelas pessoas indicadas no tipo. É crime de mão própria. É irrelevante o compromisso, o dever de dizer a verdade independe de promessa em juízo. Terceiro pode praticar o crime como partícipe, instigando, induzindo o autor imediato.

e.2) Sujeito passivo – Estado e, eventualmente, a parte sobre quem irá recair o prejuízo do falso testemunho.

e.3) Tipo objetivo – afirmar algo que não corresponde à verdade, ou dizer que não sabe o que realmente sabe ou, quando indagada, cala-se, sabendo a verdade. Pune-se o testemunho que não se coaduna com o que a testemunha tem ciência. Não se pune a testemunha que faz afirmação a respeito de fato que não ocorreu, quando feita por erro. Falsidade tem que versar sobre circunstância juridicamente relevante, que tenha influência na causa. Se o fato objeto do depoimento puder trazer conseqüência penal ao depoente, não se configura o crime. Falsa perícia é a indicação no laudo de algo diverso da realidade que o perito conhece. Falsidade em sindicância não caracteriza o delito. Extinção da punibilidade no processo em que ocorreu o falso não exclui o tipo.

e.4) Tipo subjetivo – vontade de prestar depoimento ou realizar perícia falsa. Necessário que o agente tenha consciência da falsidade do testemunho ou da perícia.

e.5) Consumação – encerramento do depoimento, com a assinatura da testemunha. Perícia consuma-se com a entrega do laudo. Crime formal.

e.6) É possível a tentativa na hipótese de induzimento ao falso testemunho.

e.7) Crime qualificado – se o falso testemunho é produzido em processo penal, ou mediante suborno.

e.8) Retratação – se o agente, antes da sentença, retratar-se, extingue a punibilidade. Deve ser voluntária e completa. Retratação de um dos peritos não aproveita ao outro.

f) Corrupção ativa de testemunha ou perito – dar, oferecer ou prometer dinheiro ou qualquer outra vantagem à testemunha, perito, tradutor ou intérprete, para fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade em depoimento, perícia, tradução ou interpretação, ainda que a oferta ou promessa não seja aceita.

f.1) Sujeito ativo – qualquer pessoa.

f.2) Sujeito passivo – Estado.

f.3) Tipo objetivo – ceder, entregar, colocar à disposição, obrigar-se a dar dinheiro ou qualquer vantagem, de qualquer espécie, de qualquer forma, utilizando-se de qualquer meio. É necessário que a pessoa já tenha sido arrolada como testemunha.

f.4) Tipo subjetivo – vontade de praticar a conduta, com o fim específico de que a testemunha pratique o tipo anterior.

f.5) Consumação – com a simples oferta, entrega ou promessa de vantagem. Crime formal.

f.6) Tentativa é possível.

g) Coação no curso do processo – usar de violência ou grave ameaça, com o fim de favorecer interesse próprio ou alheio, contra autoridade, parte ou qualquer outra pessoa que funciona ou é chamada a intervir em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral.

g.1) Sujeito ativo – qualquer pessoa.

g.2) Sujeito passivo – Estado.

g.3) Tipo objetivo – tipo especial de constrangimento ilegal. Não é necessário que da violência resulte lesão corporal, porém a ameaça deve ser séria. Indispensável que o coactor seja autoridade, parte ou qualquer pessoa que intervenha no processo.

g.4) Tipo subjetivo – vontade de praticar a grave ameaça ou a violência com o fim de favorecer interesse próprio ou alheio.

g.5) Consumação – com a violência ou grave ameaça. Crime formal, desnecessário que o resultado venha a ocorrer.

g.6) Tentativa é possível.

h) Exercício arbitrário das próprias razões – fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite.

h.1) Sujeito ativo – qualquer pessoa.

h.2) Sujeito passivo – Estado.

h.3) Tipo objetivo – tipo de conduta livre, qualquer ação que o agente pratique para fazer valer um direito que não esteja amparada por lei. Ação pode ser praticada por qualquer meio.

h.4) Tipo subjetivo – vontade de empregar o meio com o fim de satisfazer a pretensão real ou supostamente legítima.

h.5) Consumação – com a satisfação da pretensão.

h.6) Tentativa é possível.

i) Subtração, supressão ou dano à coisa própria na posse legal de terceiro – tirar, suprimir, destruir ou danificar coisa própria, que se acha em poder de terceiro por determinação judicial ou convenção.

i.1) Sujeito ativo – somente o proprietário da coisa. Pode haver a co-autoria.

i.2) Sujeito passivo – Estado e aquele que tem legitimamente a posse.

i.3) Tipo objetivo – subtrair, fazer desaparecer, quebrar, aniquilar, destruir parcialmente. Objeto material é a coisa pertencente ao agente, podendo ser móvel ou imóvel.

i.4) Tipo subjetivo – vontade de praticar uma das condutas, ciente o agente que a coisa está na posse legítima de terceiro. Não há fim específico.

i.5) Consumação – com a supressão, com o dano ou com a subtração da coisa.

i.6) Tentativa é possível.

j) Fraude processual – inovar artificiosamente, na pendência de processo civil ou administrativo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito.

j.1) Sujeito ativo – qualquer pessoa.

j.2) Sujeito passivo – Estado e parte lesada com a fraude.

j.3) Tipo objetivo – agente modifica os objetos materiais, alterando a situação preexistente. Necessária a existência de ardil na alteração, idôneo para induzir a erro.

j.4) Tipo subjetivo – vontade de praticar a modificação com a finalidade de provocar falsa percepção da realidade dos autos ao juiz.

j.5) Consumação – com a alteração séria, independente de o juiz efetivamente incorrer em erro.

j.6) Tentativa é possível.

j.7) Crime qualificado – se a alteração ocorrer em processo penal.

l) Favorecimento pessoal – auxiliar a subtrair-se à ação de autoridade pública autor de crime a que é cominada a pena de reclusão.

l.1) Sujeito ativo – qualquer pessoa, menos o autor do crime antecedente.

l.2) Sujeito passivo – Estado.

l.3) Tipo objetivo – delito acessório, que exige a existência de um crime anterior. Se o favorecido é absolvido, não há o crime. Conduta típica pode traduzir-se por vários modos. Induzimento ou incentivo do autor do crime à fuga não configura o crime. Somente pode ocorrer na forma comissiva.

l.4) Tipo subjetivo – vontade de auxiliar o criminoso a se evadir da ação policial.

l.5) Consumação – com a subtração do criminoso da ação da autoridade.

l.6) É possível a tentativa.

m) Favorecimento real – prestar a criminoso, fora dos casos de co-autoria ou de receptação, auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime.

m.1) Sujeito ativo – qualquer pessoa, à exceção dos participantes do crime.

m.2) Sujeito passivo – Estado.

m.3) Tipo objetivo – também exige a ocorrência de crime anterior. Proveito do

crime é qualquer vantagem. Crime de ação livre. Irrelevante que o autor do fato anterior seja inimputável. Não há imunidade penal ao cônjuge, ascendente, descendente, ascendente ou irmão, como ocorre no favorecimento pessoal.

m.4) Tipo subjetivo – vontade de auxiliar o autor do crime, ciente deste fato.

m.5) Consumação – com a prestação do auxílio, sendo irrelevante o sucesso da empreitada.

m.6) Tentativa é possível.

n) Fuga de pessoa presa ou submetida à medida de segurança – promover ou facilitar a fuga de pessoa legalmente presa ou submetida à medida de segurança detentiva.

n.1) Sujeito ativo – qualquer pessoa, a exceção do favorecido.

n.2) Sujeito passivo – Estado.

n.3) Tipo objetivo – causar, provocar, gerar a fuga ou favorecer, remover obstáculos, quando a iniciativa da fuga é do favorecido. Fuga pode ser de qualquer lugar destinado a executar a medida restritiva. Favorecido tem que estar legalmente preso.

n.4) Tipo subjetivo – vontade de praticar as condutas previstas no tipo.

n.5) Consumação – com a fuga do favorecido.

n.6) Tentativa é possível.

n.7) Crime qualificado – emprego de arma, dois ou mais agentes, arrombamento.

n.8) Crime culposo – agente é o responsável pela custódia que, por negligência, imprudência ou imperícia permite a fuga do preso.

o) Evasão mediante violência contra pessoa – evadir-se ou tentar evadir-se o preso ou o indivíduo submetido à medida de segurança detentiva, usando violência contra a pessoa.

o.1) Sujeito ativo – pessoa presa ou internada em estabelecimento próprio para as medidas de segurança.

o.2) Sujeito passivo – Estado e a pessoa vítima da violência.

o.3) Tipo objetivo – há equiparação entre a forma tentada e a forma consumada. Evadir é fugir. Deve tratar-se de prisão regular, independente de sua natureza. Exige-se que haja violência contra a pessoa.

o.4) Tipo subjetivo – vontade de fugir praticando violência.

o.5) Consumação – com a evasão ou tentativa desta.

o.6) Tentativa é equiparada ao crime consumado.

p) Arrebatamento de preso – arrebatar preso a fim de maltratá-lo, do poder de quem o tenha sob custódia ou guarda.

p.1) Sujeito ativo – qualquer pessoa.

p.2) Sujeito passivo – Estado.

p.3) Tipo objetivo – tirar com violência ou força, arrancar. Objeto do delito é o preso. Irrelevante a legalidade da prisão.

p.4) Tipo subjetivo – vontade de arrebatar o preso. Dolo específico – desejo de maltratar o preso.

p.5) Consumação – retirada do preso, com violência, da vigilância da autoridade.

p.6) Tentativa é possível.

q) Motim de presos – amotinarem-se presos, perturbando a ordem ou a disciplina da prisão.

q.1) Sujeito ativo – presos em grande número.

q.2) Sujeito passivo – Estado.

q.3) Tipo objetivo – movimento coletivo de rebeldia, com a prática de violência contra pessoas ou coisas. Presos legalmente.

q.4) Tipo subjetivo – vontade de perturbar o estabelecimento prisional.

q.5) Consumação – com o estabelecimento da desordem por tempo relevante.

q.6) Tentativa é possível.

r) Patrocínio infiel – trair, na qualidade de advogado ou procurador, o dever profissional, prejudicando interesse, cujo patrocínio, em juízo, lhe é confiado.

r.1) Sujeito ativo – somente pode ser praticado por advogado.

r.2) Sujeito passivo – Estado e o lesado pela conduta.

r.3) Tipo objetivo – trair a confiança do cliente. Interesse deve estar sendo discutido em juízo. Pode ser praticado por ação ou omissão. Abandono do processo não caracteriza o tipo. Necessária a produção de dano efetivo.

r.4) Tipo subjetivo – vontade de descumprir o dever profissional, sabendo que está prejudicando o cliente.

r.5) Consumação – com o efetivo prejuízo.

r.6) Tentativa é possível.

r.7) Patrocínio simultâneo ou tergiversação – defesa concomitante de interesses opostos ou contraditórios no mesmo processo.

s) Sonegação de papel ou objeto de valor probatório – inutilizar, total ou parcialmente, ou deixar de restituir autos, documento ou objeto de valor probatório, que recebeu na qualidade de advogado ou procurador.

s.1) Sujeito ativo – somente o advogado ou o procurador.

s.2) Sujeito passivo – Estado e o lesado.

s.3) Tipo objetivo – deixar de devolver os autos, torná-los inúteis. Objeto material pode ser as peças que integram o processo, documento, papel escrito, outro objeto de valor probatório. Agente tem que ter recebido o processo em razão de sua qualidade.

s.4) Tipo subjetivo – vontade de inutilizar ou não restituir os autos.

s.5) Consumação – com a inutilização, total ou parcial, do objeto. Na segunda forma, consuma-se o delito com o término do prazo para restituição sem que esta ocorra. Há jurisprudência no sentido de que o crime só estará consumado se, esgotado o prazo regulamentar, o juiz intimar o advogado ou procurador para restituir os autos e isto não ocorrer.

s.6) Tentativa só é possível na forma comissiva.

t) Exploração de prestígio – solicitar ou receber dinheiro ou qualquer outra utilidade, a pretexto de influir em juiz, jurado, órgão do Ministério Público, funcionário da justiça, perito, tradutor, intérprete ou testemunha.

t.1) Sujeito ativo – qualquer pessoa.

t.2) Sujeito passivo – Estado e a pessoa lesada em seu patrimônio.

t.3) Tipo objetivo – pedir, requerer, receber, obter, aceitar,configurando um acordo de vontades. Agente deve arrogar influência. Pressupõe fraude. Objeto material do crime é dinheiro ou qualquer utilidade.

t.4) Tipo subjetivo – vontade de obter a vantagem ilícita.

t.5) Consumação – com a simples solicitação, ainda que não aceita, ou com o recebimento.

t.6) Tentativa é possível.

t.7) Crime qualificado se o agente insinua que a vantagem se destina às autoridades citadas no Tipo.

u) Violência ou fraude em arrematação judicial – impedir, perturbar ou fraudar arrematação judicial; afastar ou procurar afastar concorrente ou licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem.

u.1) Sujeito ativo – qualquer pessoa.

u.2) Sujeito passivo – Estado.

u.3) Tipo objetivo – evitar a lisura de arrematação judicial promovida por particular. Simples inadimplemento de lance ofertado não configura o crime.

u.4) Tipo subjetivo – vontade de impedir, perturbar ou fraudar a arrematação. Inexiste dolo específico.

u.5) Consumação – impedimento, perturbação da arrematação. Não se exige, nos casos de perturbação ou fraude, que o procedimento seja evitado.

u.6) Tentativa é possível.

v) Desobediência à decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito – exercer função, atividade, direito, autoridade ou múnus, de que foi suspenso ou privado por decisão judicial.

v.1) Sujeito ativo – somente quem está privado ou suspenso das atividades previstas acima.

v.2) Sujeito passivo – Estado.

v.3) Tipo objetivo – crime concretiza-se quando o agente exerce as atividades suspensas. Função é encargo derivado de lei; atividade refere-se à profissão, ofício ou ministério; autoridade é desempenho de funções em que há competência para impor suas decisões; múnus é encargo público decorrente de lei ou de decisão judicial.

v.4) Tipo subjetivo – vontade de desobedecer a ordem judicial.

v.5) Consumação – com a prática de qualquer das condutas proibidas.

v.6) Tentativa é admissível.